Der Kartellcharakter der Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Klaus Steding
aus Bochum

1964

Der Kartellcharakter der Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Klaus Steding
aus Bochum

1964

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

1.Berichterstatter: Prof.Dr.Dr. Lukes

2.Berichterstatter: Prof.Dr. Mestmäcker

Dekan: Prof.Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis ..... IV - XV

Abkürzungsverzeichnis ..... XVI - XVII

Allgemeiner Teil

Urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften

Entstehung und Aufgabe

I. Ziel und Zweck der Verwertungsgesellschaften

1. Quellen des musikalischen Urheberrechts ..... 1 - 5
2. Gegenstand und Träger des musikalischen Urheberrechts 6 - 8
3. Durchsetzbarkeit urheberrechtlicher Vermögensrechte 8 - 11
4. Historischer Überblick 11 - 17

II. Die Organisation der GEMA

1. Mitgliedschaft ..... 18 - 19
2. Organe ..... 19 - 21
3. Tantiemerecht ..... 21 - 23

Besonderer Teil

Der Kartellcharakter der GEMA

A. Auffassungen der kartellrechtlichen Wissenschaft und Praxis 24 - 32

B. Kartellrecht und Urheberrecht 33 - 38

Seite

C. Subsumtion unter den Kartelltatbestand des § 1 GWB 39

I. Die Begrenzung der Kartellzugehörigkeit auf Unternehmen

1. Begriffsbestimmung

a. Negative Abgrenzung 40 - 45

b. Positive Abgrenzung 46 - 51

2. Die Unternehmereigenschaft der GEMA-Mitglieder

a. Stellung der freien Berufe ..... 51 - 55

b. Die Mitgliedschaft der Verleger in der GEMA ..... 56 - 57

c. Speziell freiberufliche und wirtschaftliche Funktionen der Urheber ..... 57 - 63

II. Die Kartellbindung

1. Die Vertragsgrundlage des Kartells ..... 64 - 68

2. Die gesellschaftliche Natur der Kartellbindung 68 - 72

3. Rechtliche Bindung der GEMA-Mitglieder ..... 72 - 73

III. Die Wettbewerbsbeschränkung

1. Der Wettbewerbsbegriff

a. Funktion ..... 74 - 76

b. Begriffsbestimmungen 76 - 80

c. Leistungswettbewerb und vollkommene Konkurrenz ..... 80 - 83

2. Besteht zwischen Urhebern Wettbewerb?

a. Geistig-ideelle und materiell-wirtschaftliche Seite des Urheberschaffens ..... 85 - 90

b. Substitutionskonkurrenz ..... 90 - 93

c. Schafft die GEMA Wettbewerb? ..... 93 - 95

Seite

3. Beschränkung des Wettbewerbs

a. Beschränkungshandlung ..... 96 - 100

b. Wettbewerbsbeschränkung als Vertragsinhalt ..... 100 - 102

4. Anwendung auf die GEMA

a. Vorbemerkung ..... 102 - 105

b. Rechtliche Ausgestaltung des Berechtigungsvertrages 105 - 107

c. Auswirkung der dinglichen Vollrechtsübertragung ..... 107 - 113

IV. Die Marktbeeinflussung

1. Marktverhältnisse

a. Beeinflussung der Marktverhältnisse ..... 116 - 117

b. Die Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse und ihr Nachweis ..... 117 - 120

c. Rule of Reason ..... 120 - 123

d. Sachliche Begrenzung ..... 123 - 126

2. Anwendung auf die GEMA

a. Fallen urheberrechtliche Lizenzen unter § 1 GWB ?

aa. Geistig-künstlerisches Schaffen und Marktmechanismus ..... 127 - 130

bb. Urheberrechtliche Lizenzen im Geschäftsverkehr 130 - 134

b. Auswirkungen der GEMA auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte ..... 134 - 136

V. Selbständigkeit

1. Abgrenzungsfragen ..... 137 - 142

2. Die Selbständigkeit der GEMA-Mitglieder ..... 143 - 149

VI. Ergebnis

1. Die GEMA ist kein Kartell .... 149 - 154

2. Die GEMA ist ein marktbeherrschendes Unternehmen ..... 154 - 171

Lebenslauf

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

Allfeld, Philipp — Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
2. Auflage München 1928

Baumbach, Adolf - Duden, Konrad — Handelsgesetzbuch
Kommentar
13. Auflage München /Berlin 1959

Baumbach, Adolf - Hefermehl, Wolfgang — Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
7. Auflage München /Berlin 1956

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
8. Auflage München /Berlin 1960

Bussmann, Kurt - Pietzcker, Rolf - Kleine, Heinz — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
3. Auflage Berlin 1962

Callmann, Rudolf — Das Deutsche Kartellrecht
Kommentar Berlin 1934

Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Mannheim/Berlin/Leipzig 1929

Enneccerus - Kipp -Wolff — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeiner Teil, bearb. von Nipperdey
14. Auflage Tübingen 1958

Enneccerus - Nipperdey — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Halbband
15. Auflage Tübingen 1959

Eucken, Walter — Grundlagen der Nationalökonomie
6. Auflage Berlin 1950

Godin - v.Hoth — Wettbewerbsrecht
Kommentar Berlin 1957

Hagens, Alfred — Warenzeichenrecht
Kommentar Berlin /Leipzig 1927

Haussmann, Fritz - Holländer, Adolf — Die Kartellverordnung
München 1925

Huber, Ernst - Rudolf — Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1
2. Auflage Tübingen 1953

Hubmann, Heinrich	Urheber- und Verlagsrecht Ein Studienbuch München/Berlin 1959
Isay - Tschierschky	Kartellverordnung Mannheim/Leipzig/Berlin 1925
Kommentar ...	zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Bearbeiter: Heinz Kaufmann, Hans-Günther Rautmann, Georg Strickrodt Köln 1958 (Zitierweise: Frankfurter Kommentar)
Langen, Eugen	Kommentar zum Kartellgesetz 3. Auflage Neuwied/Berlin/Darmstadt 1958
Lehnich, Oswald - Fischer, Norbert	Das Kartellgesetz Kommentar Berlin 1924
Marwitz, Bruno - Möhring, Philipp	Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland Berlin 1929
Mayer - Wegelin, Heinz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar Frankfurt 1960
Müllensiefen - Dörinkel	Kartellrecht 3. Auflage Berlin 1938
Müller, Heinz - Gries, Gerhard	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Frankfurt 1958
Müller - Henneberg, Hans Schwartz, Gustav	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar Köln/Berlin 1958 (Zitierweise: Müller-Henneberg usw. in Gemeinschaftskommentar)
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 22. Auflage München/Berlin 1963
Rasch, Harold	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar 2. Auflage Herne/Berlin 1958
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum HGB, Bd.1 2. Auflage Berlin 1953
Reimer, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar 3. Auflage Berlin/Köln 1954
Runge, Kurt	Urheber- und Verlagsrecht, 3. Lieferung Bonn/Hannover/Stuttgart 1953

Seligsohn, Arnold — Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen
3. Auflage Berlin/Leipzig 1925

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Schuldrecht II, 3. Teil
10. Auflage Berlin 1940/41

Ulmer, Eugen — Urheber- und Verlagsrecht
2. Auflage Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960

II. Einzelschriften, Aufsätze, Dissertationen

Andreae — Wettbewerb und Wirtschaftsordnung
in WuW 1953, 396

Arndt, Adolf — Kartellrechtliche Verwaltungsakte in
AöR Bd. 50 (n.F. Bd. 11), S.192 ff

Ballerstedt, Kurt — Unternehmen und Wirtschaftsverfassung
in JZ 1951, 486

Barnikel, Hans-Heinrich — Die Abgrenzung des relevanten Marktes
in WuW 1961, 246

Behrens, Friedrich-S. — Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in NJW 1958, 481

Benisch, Werner — Die unverbindliche Abstimmung unter dem
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in DB 1957, 789

Einkaufsmacht und Kartellbegriff
in WuW 1956, 480

Einkaufsverbände und Kartellgesetz
in Festschrift für Rudolf Isay S.231
Köln/Berlin 1956

Kartellrecht und Schutz der individuellen
Freiheit
in WuW 1961, 764

Kartellverbot und konformes Marktver-
halten
in DB 1959, 451

Wettbewerbsregeln der "grauen Zone"
in WuW 1956, 643

Benkard, Georg — Zu "Rechtsfragen betreffend die GEMA"
in GRUR 1954, 181

Benkendorff, Gerhard — Freie Berufe und Kartellgesetz
in WuW 1956, 20

Über den Vertrag in § 1 GWB und seine
Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wett-
bewerbsbeschränkungen
in WRP 1962, 313

Benkendorff, Gerhard	Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen ? in WRP 1962, 146
Biedenkopf - Callmann Deringer	Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts Heidelberg 1957
Bieling, Franz	Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften Marburg 1953
Blotekamp, W.	Die kartellrechtliche Stellung der GEMA und sonstiger Verwertungsgesellschaften in UFITA Bd.34 (1961/II), 17
Böhm, Franz	Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung in WuW 1953, 178
	Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz? in WuW 1956, 173
	Wettbewerb und Monopolkampf Berlin 1933
Borchardt, Knut - Fikentscher, Wolfgang	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, BGB und Konkursrecht, 24. Heft Stuttgart 1957
Brugger, Gustav	Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgesellschaften in WuW 1959, 159 und 244
	Kartellrecht und Urheberrecht in UFITA Bd. 27 (1959/I), 189 und Bd. 31 (1960/II), 1
	Sind Rundfunkanstalten "Unternehmen" i.S. des GWB? in MA 1959, 822
	Zur Auslegung des § 1 GWB in WuW 1959, 467
v.Brunn, Johann Heinrich	Die heutige Lage des Deutschen Kartellrechts München/Frankfurt 1949
Denkschrift	des Bundesverbandes der freien Berufe vom 25.11.1952
Dienstag, Paul-Elster, Alexander	Handbuch des deutschen Theater-, Film-, Musik- und Artistenrechtes Berlin 1932

Dohm, Adolf	Das Kartell Begriff und Erscheinungsform Dissertation Köln 1940
Eger, Otto	Das Recht der deutschen Kartelle Berlin 1932
Ewald, Heinz	Aus der Praxis des Bundeskartellamtes in WRP 1959, 131
	Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle ? in WuW 1956, 253
Fikentscher, Wolfgang	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 26.10.1959 in WuWE BGH 359 ff (WuW 60, 295 ff) - "Glasglühkörper" - in WuW/E BGH 365 (WuW 60, 343)
	Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der deutsche Kartellgesetzentwurf in ZHR 117 (1955), 1
	Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung in WuW 1960, 680
	Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB in WuW 1961, 788
	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz München/Berlin 1958
Frey, Gerhard	Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des § 1 GWB in WuW 1962, 17
Fricke, Werner	Kollektivmonopole Dissertation Mainz 1956
Funke, Rudolf	Der Begriff des Kartells nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Dissertation Münster 1956
Gabriel, Siegfried L.	Zum "Begriff der Wettbewerbsbeschränkung" im GWB in MA 1960, 247
Giese - v.Brunn	Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung Frankfurt 1950
Gieseke, Paul	Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens in Heymann-Festschrift II, S.112 ff Weimar 1940

Gleichmann, Karl	Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nichtdiskriminierungsverträgen in WRP 1959, 165
Gleiss, A.	Darf der Markenartikelhersteller die Skonti seiner Abnehmer binden ? in MA 1954, 411
Gnam, A.	Zum Wesen der Sicherung des Wettbewerbs in NJW 1953, 330
Godin, Hans Freiherr von	Kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte in BB 1958, 64
Greuner, Albrecht	Die Stellung der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften im Kartellrecht Dissertation Köln 1958
Grundmann, Siegfried	Die GEMA - ein marktbeherrschendes Unternehmen ? in NJW 1954, 297
Günther, Eberhard	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in GRUR 1958, 575
	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen in WuW 1957, 677
	Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf in MA 1957, 35
	Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in MA 1959, 269
Haberkorn, Kurt	Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen in GRUR 1962, 449
	Zum Kartellbegriff des § 1 GWB in GRUR 1960, 367
Haensel, Carl	Die Verankerung der Verwertungsgesellschaften im neuen Urheberrecht in UFITA Bd. 33 (1961), 288
Hauffe, Hans Günter	Der Künstler und sein Recht München 1956
Hayek, F.A.	Marktwirtschaft und Wirtschaftspolitik in Ordo Bd.VI, 3

Hefermehl, Wolfgang	Rechtsgutachten über die Klageberechtigung der GEMA aus § 13 Abs. 1 UWG in GN 33 (Januar 1957), 5
Herzog, Berthold	Die Musik im Rechtsleben in ZHB 1930, 2
	Sind die Genossenschaften zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte Kartelle ? in KR 1930, 20
Heuss, Ernst	Das Problem der unvollkommenen Konkurrenz in der Wettbewerbswirtschaft in Ordo Bd.VII (1955), 103
Heydt, Ludwig	Die Behandlung von Geschmacksmustern, Urheber- und Verlagsrechten im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in GRUR 1952, 493
Hinrichsen, Hans-Joachim	Die Übertragung des musikalischen Urheberrechts an Musikverleger und Musikverwertungsgesellschaften Dissertation Leipzig 1934
Hoepffner, Walter L.	Antworten auf Fragen um die GEMA in JR 1954, 288
Hoth, Jürgen	Ware und gewerbliche Leistung in WRP 1956, 261
Isay, Rudolf	Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen Berlin 1955
	Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht Mannheim/Berlin/Leipzig 1922
Kamberg, Hans W.	Rationalisierung und Kartellrecht in WuW 1953, 284
Kartte, Wolfgang	Zum Begriff "marktbeherrschendes Unternehmen" in § 22 Abs. 1 GWB in DB 1962, 1133
	Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen in WuW 1963, 565
Klaue, Siegfried	Wettbewerbsverbote und § 1 GWB in WuW 1961, 323
Knöpfle, Robert	Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB in WuW 1962, 159

Köhler, Karl-Heinz von	Systemdenken oder Problemdenken im Kartellrecht ? in MA 1959, 961
Koenigs, Folkmar	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs in NJW 1961, 1041
Kracht, Fritz	Verstoßen Bietungsabkommen gegen das GWB? in NJW 1958, 490
Krahe, Friedrich	Kartellbegriff und Rechtssicherheit in WuW 1959, 615
Krause, Ernst	Der urheberrechtliche Lizenzvertrag Dissertation Leipzig 1938
Krause, Hermann	Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht in ZHR 105, 69
Lehnich, Oswald	Die Wettbewerbsbeschränkung Köln/Berlin 1956
	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Köln/Berlin 1958
Lieberknecht, Ottfried	Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen ? in MA 1958, 231
	Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen Frankfurt 1953
Lindenmeier	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Dekartellierungsvorschriften in WuW 1953, 259
Liermann, Hans	Zum Konflikt zwischen Urheberrecht und Kartellrecht in UFITA Bd. 29 (1959/III) 315
Lucas	Kartellvertrag und Kartellorganisation in KR 1927, 4
Lukes, Rudolf	Der Kartellvertrag Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen München/Berlin 1959
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Preis- und Produktionsregelungen im Rahmen von Rationalisierungskartellen ? in JZ 1953, 329

Mestmäcker, Ernst-Joachim	Sind urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Kartelle ? Bd.20 der Schriftenreihe "Internationale Gesellschaft für Urheberrecht" Berlin/Frankfurt 1960
Meyer - Cording, Ulrich	Die Grundbegriffe des Wettbewerbs in WuW 1962, 461
	Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme Tübingen 1954
Miksch, Leonhard	Wettbewerb als Aufgabe 2. Auflage Godesberg 1947
Möhring, Philipp	Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende Kartellgesetzgebung in Festschrift für Rudolf Isay, S.195 Köln/Berlin 1956
	Die Bedeutung der Rule of Reason im Kartellrecht in WuW 1955, 5 ff und 89 ff
	Marktbeherrschende Unternehmungen im gewerblichen Rechtsschutz in GRUR 1952, 469
	Urheberrechtsgesellschaften und Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung in WuW 1951/52, 91
Möhring, Philipp - Lieberknecht, Ottfried	Kartellrecht und Urheberrecht in UFITA Bd. 29 (1959/III), 269 = Schriftenreihe der UFITA, Heft 15, 90
Moser, Hans-Joachim	Zur Theorie der Originalität in GN 53 (1962), 21
Müller, Gerhard-Otto	Die GEMA und die Urheberrechtsreform Dissertation Erlangen 1955
Müller - Beilschmidt,Klaus	"Wesentlicher Wettbewerb" im Kartellgesetz in MA 1958, 6
	Wettbewerb - Wettbewerbsbeschränkung - Marktbeherrschung in MA 1958, 657
Munk, Walter	Die Rechtsstellung des Urhebers nach Übergabe des Urheberrechts Dissertation Freiburg 1933
Nell - Breuning,Oswald v.	Kritisches zum Begriff "Wettbewerbsordnung" in WuW 1951/52, 371

Neumann, Erwin	Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht in WuW 1957, 562
Nipperdey, Hans-Carl	Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts in DRZ 1950, 193
	Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik in WuW 1954, 211
	Marktbeherrschende Unternehmen beim musikalischen Urheberrecht ? inNJW 1953, 881 = GN 17 (Mai 1953), 12
Nöll von der Nahmer,Robert	Der Wettbewerb als entscheidender Faktor der Marktwirtschaft in WuW 1961, 3
Ottel, Fritz	Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik? in WuW 1953, 67
	Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen ? in Festschrift für Rudolf Isay Köln/Berlin 1956, 71
Passow, Richard	Kartelle Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 13 Jena 1930
Pfennig, Bruno	Kartellrechtliche Fragen im urheberrechtlichen Geschäftsverkehr, in UFITA Bd. 25 (1958 I), 129
Plugge, Walther - Roeber, Georg	Das musikalische Tantiemerecht in Deutschland Berlin 1930
Rienecker, Franz	Das ausschließliche Aufführungsrecht des Urhebers eines Werkes der Tonkunst Dissertation Erlangen 1912
Rittner, Fritz	Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in DB 1957, 1091
Roeber, Georg	30 Jahre musikalisches Tantiemenrecht in Deutschland Baden-Baden 1958
	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption in NJW 1957, 1704

Schmitz, Werner G.	Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht in NJW 1961, 2089
Schramm, Karl	Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtschutzes und Urheberrechts Berlin/Köln 1954
Schulze, Erich	Musik und Recht München/Berlin 1954
	Recht und Unrecht München/Berlin 1954
	Urheberrecht in der Musik und die deutsche Urheberrechtsgesellschaft 2. Auflage Berlin 1956
	Urhebervertragsrecht in Schriftenreihe der UFITA, Heft 14 Baden-Baden 1960
	Zur Frage des freien und lauteren Wettbewerbs beim Schlager in GN 34 (März 1957), 3
Schwamberger, Wolfgang	Legalisierung der Horizontalempfehlung im Anmelde- bzw. Erlaubnisverfahren des GWB in NJW 1959, 2189
Schwenk, Edmund H.	Der Marktbegriff Eine rechtsvergleichende Betrachtung in WuW 1960, 3
Sölter, Arno	Das Rabattkartell Düsseldorf 1955
	Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung 2. Auflage Düsseldorf 1960
	Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung in WuW 1955, 230
Spengler, Albrecht	Einige Rechtsfragen betreffend die GEMA in GRUR 1953, 78
Spitzbarth, Reimar	Wettbewerbsverbote bei den freien Berufen in NJW 1954, 453
Süß, Theodor	Die GEMA, ein marktbeherrschendes Unternehmen ? in GN 30 (August 1956), 6
Troller, Alois	Angebot und Nachfrage als urheberrechtliches Problem in UFITA Bd. 21 (1956/I), 216

Troller, Alois	Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd. 17
Ulmer, Peter	Kartellvertrag und gentlemen's agreement in WuW 1962, 3
Ulmer - Bußmann - Weber	Das Recht der Verwertungsgesellschaften Weinheim/Bergstraße 1955
Wagner, Klaus	Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945 Schriften des schweizerischen Wirtschaftsarchivs, Bd. 10 Zürich 1956
Wawretzko, Herbert	Die GEMA und sonstige Verwertungsgesellschaften im System der deutschen und der internationalen Wettbewerbsbeschränkungen in UFITA Bd. 31 (1960/II), 287
Westermann, Harry	Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf Karlsruhe 1956
Würdinger,Hans	Freiheit der persönlichen Entfaltung Kartell- und Wettbewerbsrecht in WuW 1953, 721
Würdinger, Hans	Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung in WuW 1961, 745
Zweigert, Kurt	Das neue Kartellgesetz Köln/Berlin 1959

Abkürzungsverzeichnis

AA	Anderer Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
AktG	Aktiengesetz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
ASCAP	American Society of Composers, Authors and Publishers
BAnz	Bundesanzeiger
BB	"Der Betriebsberater" (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIEM	Bureau International de l'Edition Mécanique
BKA	Bundeskartellamt
BJM	Bundesjustizministerium
BT Drs	Bundestagsdrucksache
BWM	Bundeswirtschaftsministerium
DB	"Der Betrieb" (Zeitschrift)
eV	eingetragener Verein
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
GN	GEMA-Nachrichten
GewO	Gewerbeordnung
GRUR	"Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht" (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
JR	"Juristische Rundschau" (Zeitschrift)
JZ	"Juristen-Zeitung" (Zeitschrift)
KartVO	Kartell-Verordnung vom 2. November 1923
KG	Kammergericht
KR	"Kartellrundschau" (Zeitschrift)

LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LUG	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19.6.1901
MA	"Marktenartikel" (Zeitschrift)
MDR	"Monatsschrift für Deutsches Recht" (Zeitschrift)
Mot	Motive
NJW	"Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Düsseldorf und München
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RWP-Blattei	"Rechts- und Wirtschaftspraxis", Blattei-Handbuch (Forkel-Verlag, Stuttgart)
STAGMA	Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
UFITA	Archiv für Urheber- Film- Funk- und Theaterrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909
WRP	"Wettbewerb in Recht und Praxis" (Zeitschrift)
WuW	"Wirtschaft und Wettbewerb" (Zeitschrift)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WZG	Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

A l l g e m e i n e r T e i l

Urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Entstehung und Aufgabe

I) Ziel und Zweck der Verwertungsgesellschaften

1) Quellen des musikalischen Urheberrechts

Das musikalische Urheberrecht, wie es heute von allen Rechtsstaaten anerkannt wird, ist das Ergebnis einer allmählichen Entwicklung, die hier einleitend kurz gestreift werden soll.

Es ist kennzeichnend für die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts, dass lange Zeit hindurch nicht die Persönlichkeit des Autors, sondern nur das Werk als Verkehrsgut in der Hand des Berechtigten geschützt wurde. Insbesondere dem römischen Recht ist zu entnehmen, dass sowohl die Urheber als auch die Verleger völlig rechtlos blieben. Lediglich ein im Wege der Selbsthilfe der Buchhändler organisierter Verlagsbuchhandel sicherte dem Verfasser für sein Manuskript ein geringes Entgelt und dem Erwerber eine unvollkommene Abwehr gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung[1]. Vor allem bot die Erkenntnis und rechtliche Erfassung des Geistesgutes als Schutzgegenstand im Gegensatz zu dem gegenständlichen Werk, in dem es verkörpert ist, Schwierigkeiten. Außerdem verschafften die mangelnden technischen Gegebenheiten den Geisteswerken noch nicht die Stellung wirtschaftlich verwertbarer Verkehrsgüter, so daß zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht nur ein geringes Schutzbedürfnis des Urhebers vorhanden war.

---

1) vgl.Munk S.2

Die eigentliche Entwicklung des Urheberrechts setzte erst mit der Erfindung des Buchdruckes ein. Allerdings galten die ersten Ansätze eines urheberrechtlichen Schutzes nicht der schöpferischen Persönlichkeit des Autors. Vielmehr richteten sie sich ausschließlich gegen Beeinträchtigungen der Drucker und Verleger durch unerlaubten Nachdruck. Ihnen wurden im ausgehenden 15. Jahrhundert entsprechend dem Charakter der feudalen Wirtschaftsverfassung und des Zunftwesens in besonderen Fällen kaiserliche, landesherrliche oder städtische Privilegien verliehen, die ein ausschließliches Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung sämtlicher oder einzelner Werke ihrer Druckerei oder ihres Verlages auf begrenztem Gebiet für mehrere Jahre gewährten[1]. Der Privilegienschutz galt also nicht der geistigen Arbeit des Urhebers; er trug lediglich dem Bedürfnis Rechnung, den Drucker und Verleger, gegebenenfalls auch den Autor, der sein Werk im Selbstverlag erscheinen ließ, gegen Nachdruck zu sichern. Die drucktechnische Erscheinung eines Geisteswerkes wurde als Ware, nicht aber, wie im modernen Urheberrecht, als immaterielles Gut geschützt.

Später setzte sich allmählich der Gedanke durch, daß der Drucker auch vor dem Nachdruck unpriviligierter Werke geschützt werden müsse, wenn er die Erlaubnis zum Erstdruck auf Grund eines Vertrages direkt vom Urheber erlangt hatte[2]. Die Erstdrucke wurden zuweilen als solche gekennzeichnet und mit einem Schutzvermerk versehen[3].

---

1) vgl. Hubmann, Urheberrecht, § 3 II, S.9 ff; Ulmer, Urheberrecht, § 9 II,S.47. Das erste bekannte Druckerprivileg wurde in Venedig im Jahre 1469 erteilt, vgl. Ulmer a.a.O. S.48

2) Bemerkenswert waren insoweit vor allem ein Kaiserliches Mandat aus dem Jahre 1685 und eine Kursächsische Verordnung von 1686, vgl. Ulmer, Urheberrecht, S.49

3) vgl. Bussmann-Pietzcker-Kleine, S.19

Blieb schon der Schutz der Drucker und Verleger durch Privilegien oder gesetzliche Nachdruckverbote unvollkommen, so waren erst recht die Komponisten ohnmächtig gegen Nachdruck und Aufführung ihrer Werke, weil ihnen weder ein Persönlichkeits- noch ein Vermögensrecht an ihrer Musik zugebilligt wurde. Hatte der Autor einmal die Handschrift seines Werkes einem Drucker oder Verleger unentgeltlich oder gegen Vergütung überlassen, so ging ihm jedes Recht an seiner Schöpfung verloren.

Der entscheidende Schritt, der die Verbindung des Urhebers zu seinem Werk zu einer schutzbedürftigen und schutzfähigen Rechtsbeziehung machte, erfolgte im Ausgang des 17. Jahrhunderts, indem man - zur Begründung des Nachdruckverbotes - unter Berufung auf das Naturrecht das "geistige Eigentum" des Urhebers dem materiellen Eigentum gleichstellte[1]. Das erste Gesetz, das musikalischen Werken ausdrücklich urheberrechtlichen Schutz in der Form eines unbeschränkten Verwertungsrechtes durch den Urheber gewährte, wurde am 19. Juli 1793 in Frankreich erlassen[2]. In Deutschland verhinderten die politischen Verhältnisse zunächst die Entstehung eines allgemeinen deutschen Bundesgesetzes über das Urheberrecht. Es nahmen sich deshalb die Landesgesetze dieser Materie an[3]. Im zweiten Viertel des 19. Jahrhunderts ergingen zwar eine Anzahl von Gesetzen in den einzelnen deutschen Territorien, die den Werken der Tonkunst urheberrechtlichen Schutz gewährten; dieser war jedoch unzureichend, da er sich jeweils nur auf das Gebiet des betreffenden Staates erstreckte.

---

1) vgl. Ulmer, Urheberrecht, S.50 ff, Bussmann-Pietzcker-Kleine, Gewerbl.Rechtsschutz, S.319
2) Loi relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs
3) vgl. Allfeld S.2 ff.

Das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 erwähnt die musikalische Komposition in Verbindung mit Büchern, Landkarten und topographischen Zeichnungen als "Gegenstand des Verlagsrechts"[1]. Damit war implicite das Urheberrecht des Musikautors anerkannt, da der Verleger das Verlagsrecht nur von ihm erhalten konnte[2]. Das preußische Gesetz zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst vom 11. Juni 1837 bestimmte, daß literarische Erzeugnisse aller Art sowie Werke der Kunst, gleichgültig ob sie bereits veröffentlicht waren oder nicht, ohne Einwilligung des Urhebers sowie desjenigen, welchem derselbe seine Rechte an dem Original übertragen hatte, auf mechanischem Wege nicht vervielfältigt werden durften. Damit entstand der Schutz der musikalischen Komposition unmittelbar in der Person des Urhebers. Daneben gelangte für solche musikalischen Werke, die nicht durch Druck veröffentlicht worden waren, ein selbständiges und ausschließliches Recht des Autors an der Aufführung des musikalischen Werkes zur Anerkennung. Eine endgültige Anerkennung der Rechtsstellung des Urhebers enthielt aber erst das Reichsgesetz des Norddeutschen Bundes vom 11. Juni 1870 für Schriftwerke, Dramen und Kompositionen, dessen § 3 zum ersten Male zwischen beschränkter und unbeschränkter Übertragung des Urheberrechtes unterschied und dessen § 50 dem Urheber ein ausschließliches Aufführungsrecht für die noch nicht durch Druck veröffentlichten Werke zusprach. Die Einbeziehung auch der gedruckten Musikwerke in den gesetzlichen Aufführungsschutz erfolgte jedoch noch mit dem Erfordernis, daß diese Veröffentlichungen einen entsprechenden Aufdruck des Inhalts trugen, daß sich der Urheber das Recht der öffentlichen

1) I tit 11, § 998
2) Rinecker S.10

Aufführung vorbehalte. Da aber von dem Vorbehalt wegen des Widerstandes der Verleger nur sehr selten Gebrauch gemacht werden konnte, war der Aufführungsschutz praktisch illusorisch; in der Regel konnten Musikstücke von jedermann öffentlich aufgeführt werden[1].

Diese und andere Mängel und Lücken im Gesetz[2] führten schließlich zur Neuformung des Urheberrechts in dem heute noch geltenden Literatur- und Urhebergesetz vom 19. Juni 1901, das am 1. Januar 1902 in Kraft trat, und in der Fassung vom 13. Dezember 1934[3] noch heute in Geltung ist. Das neue Urheberrechtsgesetz erweiterte unter dem Einfluß der ausländischen Gesetzgebung und im Rahmen der inzwischen erfolgten internationalen Abmachungen[4] den Aufführungsschutz an musikalischen Kompositionen in der Richtung, daß es - abgesehen von den im § 27 LUG geregelten öffentlichen Aufführungen eines erschienenen Werkes der Tonkunst - den Unterschied zwischen veröffentlichten und nicht veröffentlichten Werken fallen ließ und die öffentliche Aufführung von Musikstücken grundsätzlich von der Einwilligung des Urhebers abhängig und sie damit diesem gegenüber gebührenpflichtig machte[5].

---

1) Begründung zum "Entwurf eines Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst", sowie zum "Entwurf eines Gesetzes über das Verlagsrecht", Berlin 1900 S.22
2) Begründung a.a.O. S.11
3) RGBl II, S.1395
4) vgl. insbes.die "Berner Konvention", die den internationalen Schutz des Urhebers zum Gegenstand hat. Die letzte sog. "Brüsseler" Fassung ist vom 26. Juni 1948, vgl. dazu Schulze, Urheberrecht in der Musik S.8 ff.
5) vgl. § 11 Abs.2, Zum Wesen des Urheberrechts nimmt das Gesetz keine Stellung. Vgl. zu den Urheberrechtstheorien Hinrichsen S.2 ff und Munk S.6 ff.

2) Gegenstand und Träger des musikalischen Urheberrechtes

Gegenstand des musikalischen Urheberrechtes sind die Werke der Tonkunst vom Augenblick ihrer Entstehung an[1]. Wenn das Gesetz von 1870 in den §§ 45 ff. von "musikalischen Kompositionen" sprach, so sollte die Veränderung der Wortwahl[2] keine Erweiterung oder Einengung des Begriffes Tonkunstwerk schaffen[3].

Der Urheberrechtsschutz beginnt in dem Augenblick, in dem ein mit den Ausdrucksmitteln der Musik - Aufbau nach den Grundsätzen der Melodie, der Rhythmik und der Harmonie - in individuelle Form gebrachter Gedankeninhalt durch Notenaufzeichnung oder Vortrag, gleichgültig ob der Ton durch die menschliche Stimme oder Instrumente erzeugt wird, zur Erscheinung in die Sinnenwelt gelangt ist[4]. Das Tonkunstwerk muß also das Ergebnis eines eigenen schöpferischen geistigen Vorganges sein, dessen eigentümliche Form und neuer Inhalt durch schriftliche Festlegung oder lautliche Wiedergabe zur Mitteilung an die Außenwelt geeignet ist, d.h. sinnlich wahrnehmbar zur Darstellung gebracht werden kann. Gegenstand des Urheberrechtes ist jedoch nicht die Notenaufzeichnung als Sache oder eines ihrer Bestandteile als etwas Körperliches, also nicht das Kunstwerk in seiner substanziellen körperlichen Erscheinung, sondern vielmehr das Kunstwerk als immaterielles künstleriches Ergebnis der Formgestaltung.

---

1) Troller in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd. 17, S.11
2) §§ 1 Abs. 1 Ziff.2 u. 11 Abs.2 LUG: Werk der Tonkunst
3) Begründung a.a.O. S.14
4) Allfeld S. 53 ff.Vgl. ferner Munk S.16, Hinrichsen S.13, Rinecker S.20

Wenn die Schutzfähigkeit eines Tonkunstwerkes durch Individualität in Inhalt und Form begründet wird, so ist damit nicht das Erfordernis der Neuheit in allen einzelnen Zügen aufgestellt[1]. Denn Wiederholungen finden sich mehr oder weniger bei allen musikalischen Neuschöpfungen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob im Einzelfall in einem Tongebilde neue persönliche Gedanken zum Ausdruck gebracht werden, die ihm in seiner Geschlossenheit einen eigenartigen Charakter verleihen[2]. Dabei ist es ganz unerheblich, welcher Kategorie das Tonwerk angehört und welchen Zweck es verfolgt. Insbesondere sind sein musikalischer Wert und künstlerischer Gehalt bedeutungslos[3]. Insofern ist die Bezeichnung Ton"kunst"werk in den §§ 1 Abs. 1 Ziff.2 und 11 Abs. 2 LUG nicht ganz zutreffend.

Auch die Frage, wer Träger des Urheberrechts ist, beantwortet sich aus dessen Gegenstand und Wesen. Da Gegenstand des Rechts eine Schöpfung persönlicher Prägung ist und das Urheberrecht den

---

1) Troller in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.17, S.12 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß ein originelles Werk, das neue Formmittel erkennen läßt, zwar geschützt sei, daß aber die aus ihm abgeleiteten Regeln zum Formschaffen, deren abstrakte Verallgemeinerungen man je nach dem Grad der Neuheit "Stil", "Manier" oder "Genre" nenne, jeder benutzen könne, um der Art nach verwandte Werke zu schaffen. Moser in GN 1962, 21(22) führt in seiner Abhandlung "Zur Theorie der Originalität" aus, niemand unter den schöpferischen Gestaltern werde sich den Stilbedingungen seiner Zeit, seiner räumlichen Umgebung, den Traditionen der betreffenden Gattungsgeschichte und den soziologischen Bedingungen entziehen können.

2) LG Frankfurt in UFITA Bd.22,372; Hubmann § 14 I,S.85; Ulmer § 24,S.125 f. Grenzfragen sind in der Praxis nur bei Bearbeitungen aufgetaucht, vgl.RGZ 153,71 (76)

3) RGSt 12,359 (360); Allfeld S.56; Marwitz-Möhring S.6,13; Rinecker S.20; Hinrichsen S.15

Schutz der persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk sowie sein Recht zur Verwertung des Werkes umschließt, kann das Urheberrecht nur in der Person dessen entstehen, der das Werk erschaffen hat (§ 2 Abs.1 LUG). Es entsteht ipso iure mit der Schöpfung des schutzfähigen Geisteswerkes in der Person des Urhebers als ein ursprüngliches und ausschließliches Recht.

Die Schöpfung selbst ist Realakt[1]. Daher können Minderjährigkeit oder Geisteskrankheit des Komponisten keinen Einfluß auf seine Urheberstellung nehmen. Nicht einmal ein auf den Erwerb des Urheberrechts gerichteter Wille ist erforderlich. Es genügt, wenn einem musikalischen Einfall in eigenpersönlicher und sinnlich wahrnehmbarer Form Gestalt verliehen wird. Die Idee ist urheberrechtlich bedeutungslos. Sie braucht daher auch nicht von dem Urheber herzurühren[2].

3) Durchsetzbarkeit urheberrechtlicher Vermögensrechte

Als der Aufführungsschutz für Bühnenwerke und Werke der Tonkunst in § 11 Abs. 2 LUG gesetzlich festgelegt wurde, dachte noch niemand an die unerschöpflichen Möglichkeiten der Verbreitung musikalischer Kompositionen. Denn zu Beginn unseres Jahrhunderts war der Wirkungskreis der Musik im wesentlichen auf Konzerte, Opern und den Haus- und Schulgebrauch beschränkt. Der Verlag und Vertrieb der Noten war für den Urheber das hauptsächlichste Mittel zur Erzielung von Einnahmen[3].

Im Zusammenhang mit der wachsenden Mechanisierung der menschlichen Arbeitsfunktionen verlangte der Mensch mehr und mehr nach seelischer

1) Ulmer, Urheberrecht, § 31 II,S.158; Hubmann, Urheberrecht, § 19 II, S.103
2) RGZ 82,333 (334)
3) vgl. Dienstag-Elster, Handbuch, S.154

und körperlicher Entspannung, die er nicht zuletzt in Musikdarbietungen suchte. Die Folge war eine Zunahme des öffentlichen Vergnügungslebens und damit eine weitgehende Intensivierung der musikalischen Aufführungstätigkeit. Mit der Entwicklung eines Unterhaltungsgewerbes, das immer mehr zum wirtschaftlichen Hauptträger der Verwertungsmöglichkeiten von musikalischen Kompositionen, insbesondere von Werken der leichten Musik geworden war, und mit dem Fortschreiten der internationalen Austauschbeziehungen im Musik- und Wirtschaftsleben[1] erweiterten sich die Verwertungsmöglichkeiten für musikalische Kompositionen und die Aufführungsrechte sowohl ihrem sachlichen als auch räumlichen Umfang nach. Gleichzeitig gerieten sie aber auch außerhalb jeden Kontrollbereichs des einzelnen Urhebers. Dieser erhielt eine Gebühr für Herstellung und Verkauf seiner Werkexemplare, in der jedoch die zukünftige Benutzung im Sinne des § 11 Abs. 2 LUG nicht berücksichtigt werden konnte[2]. Die Werke werden nämlich in zahlreichen Ländern nicht nur privat benutzt, sondern gelangen über die Werkvermittler in der ganzen Welt zur öffentlichen[3] Aufführung, ohne daß der Urheber ihren Weg und ihre Materialisation verfolgen und seine Rechte geltend machen kann.

Dieser Entwicklung der Verwertungsmöglichkeiten entsprang das Bedürfnis, die Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse in die Hände von

---

1) vgl. Plugge-Roeber S.21
2) Troller in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd. 17 S.22
3) "Öffentlich" i.S.d.§ 11 Abs. 2 LUG ist eine Aufführung, wenn der erweiterte private Kreis, bestehend aus Familienangehörigen und Gästen, überschritten wird und die Zuhörerschaft sich nicht mehr auf Grund gegenseitiger persönlicher und individueller Beziehungen zueinander zusammensetzt. Dabei spielt die Zahl der anwesenden Zuhörer keine Rolle. Vgl.Allfeld S.154; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Juni 1955 in BGHZ 17, 376 (378 ff)

Personen zu legen, die mit Hilfe einer Verwaltungsorganisation die Interessen der Urheber wahren sollten. Insoweit ergab sich auf der einen Seite die Aufgabe, die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte der Urheber (§ 11 Abs. 1 LUG) auf Musikverleger und auf Unternehmen zu übertragen, die sich mit der Herstellung von Tonträgern und der Vervielfältigung von Schallvorrichtungen zur mechanischen Wiedergabe befaßten. Da aber Musik immer erst dann zur wesenhaften Geltung kommt, wenn sie zu Gehör gebracht, also aufgeführt wird und nur wenige Urheber in der Lage sind, ihre Werke durch eigene Aufführungen nutzbringend zu verwerten, sollte den Interessenwahrern zum anderen als wichtigste und für den Urheber bedeutsamste Befugnis (§ 11 Abs. 2 LUG) die Vergabe der Aufführungsrechte an die Veranstalter zufallen. Hier galt es, darüber zu wachen, daß die Musikstücke der Urheber nur von solchen Werknutzern aufgeführt wurden, die vertraglich gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung dazu berechtigt waren. In diesem Zusammenhang machten vor allem die sogenannten "kleinen Rechte" eine einheitliche Wahrnehmung erforderlich, denn bei der Volkstümlichkeit der unter die "kleinen Rechte" fallenden Musikstücke und der dadurch bedingten Vielzahl der Musikverbraucher war die Gefahr der unerlaubten Aufführung gerade dieser Werke besonders groß. Unter kleinen Rechten sind die Rechte zur Vorführung bzw. zum Vortrag kleinerer Werke (Lieder, Schlager) oder sonstiger Musikwerke mit oder ohne Text und von unselbständigen Einzelteilen aus Gesamtwerken (Ouvertüren, Schlager aus Operetten) zu verstehen. Auch die Aufführung abendfüllender musikalischer Werke, beispielsweise von Symphonien, gehört hierher, soweit es sich dabei nicht um inszenierte Werke handelt.

Im Gegensatz dazu stehen die "großen" Rechte zur bühnenmäßigen Aufführung eines Gesamtwerkes oder einer als Gesamtwerk wirkenden Kürzung oder Zusammenfassung[1]. Die Wahrnehmung der "Großen Rechte" erfolgt durch Bühnenverlage[2].

Bereits die Motive zum Urheberrechtsgesetz von 1901 schlugen die Verwertung der Musikaufführungsrechte durch eine zentrale Organisation - die Motive nennen sie "Anstalt" - der Komponisten vor[3]. Die Aufgabe dieser Anstalten sollte es sein, für die Gesamtheit ihrer Mitglieder mit den einzelnen Musikveranstaltern Aufführungsverträge abzuschließen und die bei ihr eingehenden Gebühren nach einem bestimmten Modus an die Mitglieder abzuführen.

4) Historischer Überblick[4]

Die eigentliche Entwicklung der Urheberrechtsgesellschaften begann in Frankreich. In Erkenntnis der Notwendigkeit einer gemeinsamen Wahrnehmung der Aufführungsrechte wurde im Jahre 1851 die Société des Auteurs, Compositeurs

---

1) Ulmer-Bussmann-Weber S.11 f
2) Die geltenden Urhebergesetze verwenden die beiden Begriffe nicht. Der Gesetzgeber gebrauchte den Begriff "kleines Recht" erstmals im STAGMA-Gesetz vom 4. Juli 1933. Diese Begriffsdefinition ist im Zusammenhang mit § 11 Abs.2 LUG zu lesen und zu verstehen. Danach besteht das Aufführungsrecht nicht nur an einem Werk der Tonkunst, sondern auch an einem Bühnenwerk. Nur das Aufführungsrecht an ersterem wurde im STAGMA-Gesetz als "kleines Recht" bezeichnet; das Aufführungsrecht an letzterem ist somit "großes Recht".
3) Begründung a.a.O.S.22
4) In Anlehnung an Schulze, Urheberrecht in der Musik S.33, Ulmer-Bussmann-Weber S.5, Hubmann § 48 I S.200, Runge § 16 S.245, Ulmer § 83 S.368, Plugge-Roeber S.22, Dienstag-Elster S.266, Müller S.33, Hinrichsen S.26, Brugger in WuW 1959,159 (160)

et Editeurs de Musique (SACEM) gegründet, nachdem der Komponist Bourget 1849 gegen den Besitzer des "Ambassadeurs" einen Prozeß gewonnen hatte, in dem er die unberechtigte Aufführung seiner Musik behauptete. Dem Beispiel folgten italienische Schriftsteller, Dichter, Komponisten und Verleger, die im Jahre 1882 die Verteidigung ihrer gesetzlich anerkannten, aber in der Praxis kaum zur Kenntnis genommenen Rechte der SIAE (Società Italiana degli Autori et Editori) anvertrauten. Entsprechend errichtete man in Österreich nach Erlaß des Urheberrechtsgesetzes von 1895, das den Komponisten ein ausschließliches Aufführungsrecht an Werken der Tonkunst sicherte, die Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM). In Deutschland kam es nicht, so wie es sich der Gesetzgeber gedacht hatte und wie es in Frankreich, Österreich und Italien praktiziert wurde, zur Gründung nur einer einzigen "Anstalt". Vielmehr waren lange Zeit hindurch drei verschiedene Musikverwertungsgesellschaften nebeneinander tätig. Die im Juli 1903 geschaffene Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) wurde aber sehr bald der Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT), einem wirtschaftlichen Verein mit Rechtsfähigkeit kraft staatlicher Verleihung, angegliedert. Die GDT war unter Führung von Richard Strauß im Januar 1903 als Standesvertretung der deutschen Komponisten ins Leben gerufen worden. Sie hatte sich zunächst nur mit der Erfassung der Konzert- und Orchestermusik beschäftigt, bezog jedoch im Laufe der Entwicklung des Unterhaltungsgewerbes allmählich auch die Verwertung der leichten Musik in ihren Tätigkeitsbereich ein. Die GDT verpflichtete ihre Mitglieder, ihr sämtliche ihnen bei Vertragsschluß zustehenden und während der Vertragsdauer noch erwachsenden oder zufallenden

kleinen Rechte für alle Länder zu übertragen. Dafür übernahm sie die Aufgabe, diese Rechte zu verwerten und unerlaubten Aufführungen entgegenzuwirken[1].

Nach zehnjährigem Bestehen der GDT schieden 51 Bezugsberechtigte der ihr angeschlossenen AFMA wegen Unzuträglichkeiten aus der Genossenschaft aus[2] und bildeten im Jahre 1915 die GEMA (Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte) als eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht[3]. Ihre Mitglieder übertrugen ihr ebenfalls ihre gegenwärtigen und zukünftigen nicht bühnenmäßigen Rechte. Die Genossenschaft vergab die abgetretenen Rechte, zog Gebühren ein und verfolgte Rechtsverletzungen. Im April 1916 schloß sich die GEMA mit der deutschen Niederlassung der AKM, die bereits seit 1912 selbständig in Deutschland tätig war, zu einer bürgerlich rechtlichen Gesellschaft, dem Verband zum Schutze musikalischer Aufführungsrechte für Deutschland (Musikschutzverband) zusammen, um eine gegenseitige Konkurrenz auszuschalten. Die Errichtung einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts sollte im Verhältnis zu den Musikveranstaltern die Entstehung einer dritten Erwerbsgesellschaft vermeiden[4]. Der Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (VEVA), der eine Zeitlang neben dem Musikschutzverband existierte, übertrug die Verwertung der Aufführungsbefugnisse seiner Mitglieder alsbald auf die GEMA.

---

1) vgl. die "Grundordnung der Anstalten für musikalische Urheberrechte" in der Fassung vom 10. Mai 1931 §§ 2,4,19,32

2) vgl. hierzu das Urt.des RG vom 18.9.1915 in RGZ 87,215 ff. Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung den sog. "Berechtigungsvertrag", auf Grund dessen die Verleger und Tonsetzer Anteil an den Aufführungsgebühren und Anspruch auf Rechtsverfolgung erlangten aus § 723 Abs.2 BGB mit Rücksicht auf den Ausschluß des Kündigungsrechtes für nichtig erklärt.

3) Mit der heutigen GEMA nicht identisch

4) GN Nr.1 vom 1.2.1927, S.2

Die geteilte Verwaltung der urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse erwies sich weder für die Urheber noch für die Werknutzer als zweckmäßig. Denn die Musikveranstalter waren gezwungen, mit jeder Gesellschaft entsprechende Verträge abzuschließen, wenn sie Aufführungsberechtigungen an einem umfassenden Musikrepertoire erwerben wollten.Die vermehrten Verwaltungskosten gingen zu Lasten der Urheber. Nach jahrelangen Streitigkeiten zwischen der GDT und der GEMA erfolgte daher im Jahr 1930 der Zusammenschluß des Musikschutzverbandes mit der GDT. Da diesem erweiterten Musikschutzverband der GEMA, GDT und AKM sämtliche maßgeblichen Komponisten und Textdichter angehörten und da mit der überwiegenden Zahl der ausländischen Verwertungsgesellschaften, insbesondere der SACEM, Gegenseitigkeitsverträge bestanden[1], war er in der Lage, die Genehmigung für die Aufführung fast sämtlicher deutscher und außerdeutscher Musik zu erteilen.

Wenn auch den Musikverbrauchern gegenüber eine einheitliche Stelle zum Abschluß von Verträgen und zur Einziehung der Tantiemen geschaffen wurde, so waren damit die Unzuträglichkeiten jedoch noch nicht beseitigt. Denn der Zusammenschluß ließ die drei Aufführungsgesellschaften im Innenverhältnis insofern unberührt, als sie als selbständige Verwaltungsorganisationen bestehen blieben[2]. Die Grundlage zur Gründung einer einheitlichen reichsdeutschen Aufführungsgesellschaft wurde erst durch das Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 4. Juli 1933[3] geschaffen. § 1 dieses Gesetzes bestimmte, daß die gewerbsmäßige Vermittlung von Rechten zu öffentlichen Aufführun-

1) vgl. Dienstag-Elster S.267
2) Hinrichsen S.35
3) RGBl I S.452, abgedruckt bei Schulze, Musik und Recht S. 107

gen von Werken der Tonkunst mit oder ohne Text (kleine Rechte) nur mit Genehmigung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda zulässig sei. Die Genehmigung zur gewerblichen Vermittlung der kleinen Rechte wurde durch § 1 der Verordnung vom 15. Februar 1934 zur Durchführung des Gesetzes vom 4. Juli 1933[1] der staatlich genehmigten Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte (STAGMA) erteilt. Die STAGMA war im September 1933 von der GEMA und der GDT als rechtsfähiger Verein kraft staatlicher Verleihung gegründet worden. Die Gründungsgesellschaften hatten die von ihnen bisher wahrgenommenen Rechte auf die neue Gesellschaft übertragen und waren in Liquidation getreten. Die im Jahre 1909 von Verlegern gegründete und bis dahin selbständige Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte GmbH (AMMRE)[2] wurde 1938 ebenfalls der STAGMA als "Abteilung AMMRE" angegliedert. Die österreichische AKM durfte ihre Tätigkeit in Deutschland seit Juli 1933 nicht mehr ausüben.

Nach dem Kriege nahm die STAGMA im Einverständnis mit den Besatzungsmächten[3] ihre Vermittlertätigkeit auf dem Gebiete der Musik wieder auf. Ihre Umbenennung in "Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte" (GEMA) änderte an der rechtlichen Struktur der Organisation nichts.

Im Zuge der Spaltung Deutschlands wurde durch Verordnung vom 5. April 1951[4] die An-

1) RGBl I S.100, abgedruckt bei Schulze a.a.O. S.108
2) Der AMMRE gehörten im wesentlichen die gleichen Mitglieder an wie der GEMA. Erstere verwaltete die mechanischen, letztere die musikalischen Rechte. Die GDT hatte es vorgezogen, unabhängig von der AMMRE die mechanisch-musikalischen Rechte ihrer Mitglieder zu verwerten.
3) Verfügung Nr.55c vom 24.August 1947
4) Gesetzblatt der Ostzone Nr.41/51, abgedruckt in GN Nr.11, Anlage 3

stalt zur Wahrung der Aufführungsrechte auf dem Gebiete der Musik (AWA)[1] mit dem Sitz in Ost-Berlin in der Rechtsform einer gemeinnützigen Anstalt des öffentlichen Rechts geschaffen. Sie untersteht der Dienstaufsicht und den Weisungen des Ministeriums für Volksbildung der Ostzone und hat sowohl die Aufführungs- und Senderechte als auch die mechanischen Vervielfältigungsrechte wahrzunehmen. Das gesamte im Gebiete Ost-Deutschlands einschließlich Ost-Berlins belegene Vermögen der GEMA wurde mit Wirkung vom 1.Januar 1951 entschädigungslos enteignet und der Gesellschaft jede weitere Tätigkeit untersagt[2]. Um jedoch den Autoren und Musikverlegern in den Gebieten der Bundesrepublik und West-Berlins einerseits und in der Ostzone und Ost-Berlin andererseits die ihnen zustehenden Einnahmen aus der Verwertung ihrer Urheberrechte zu sichern, bevollmächtigten sich GEMA und AWA auf der Grundlage der Berner Konvention in einer Vereinbarung vom 14. August 1953 gegenseitig, die Verwertung der Urheberrechte vorzunehmen.

Auf internationaler Ebene sind die Verwertungsgesellschaften der verschiedenen Länder[3] durch Gegenseitigkeitsverträge miteinander verbunden, kraft deren sie sich in der Vermittlung der Aufführungsrechte und der Einziehung der Vergütungen vertreten und den Erlös im Wege eines Clearing verrechnen. Dem Ideenaustausch zwischen den einzelnen Gesellschaften und der Verfolgung gemeinsamer Interessen auf dem Gebiete des Urheberrechtes dient die im Jahre 1926 in Paris gegründete Conféderation des Sociétés d' Auteurs

1) Satzung und Verteilungsplan der AWA sind abgedruckt bei Schulze, Urheberrecht in der Musik, Anhang 39 und 40
2) § 10 der Verordnung vom 5. April 1951
3) aufgeführt bei Schulze, Urheberrecht in der Musik, S. 57

et Compositeurs (CISAC)[1]. Diejenigen Verwertungsgesellschaften, die Rechte gleicher Art wahrnehmen, sind innerhalb der CISAC in sogenannten Förderationen miteinander verbunden[2]. Die Gesellschaften zur Wahrnehmung der kleinen Rechte bilden die Fédération des Sociétés de Droits d'Exécution, der auch die GEMA angehört. Die CISAC verwaltet jedoch keine Urheberrechte; diese Aufgabe bleibt den einzelnen Gesellschaften vorbehalten.

Im Gegensatz dazu übertragen die nationalen Verwertungsgesellschaften ihre Rechte zur mechanischen Wiedergabe ganz auf das Bureau International de l'Edition mècanique (BIEM)[3], das im Jahre 1929 mit dem Sitz in Paris errichtet wurde. Das BIEM schließt mit den Werknutzern, die die Werke auf Tonträgern festhalten - z.B. Schallplattenfabrikanten - Lizenzverträge ab[4]. Die einzelnen Mitgliedergesellschaften vertreten die Organisation in ihren Ländern, übernehmen die Vornahme der Kontrolle, des Inkassos und die Ausschüttung an die Berechtigten. Die GEMA, die neben den Aufführungsrechten auch die mechanischen Vervielfältigungsrechte in der "Abteilung AMMRE" wahrnimmt, gehört ebenfalls dem BIEM an[5].

---

1) Statuten der CISAC in der Fassung von 1954, abgedruckt bei Schulze, Urheberrecht in der Musik, Anhang 34
2) vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.45,79
3) Statuten des BIEM in der Fassung vom 17. Mai 1954, abgedruckt bei Schulze, Urheberrecht in der Musik, Anhang 36
4) Die Schallplattenfabrikanten sind in der International Federation of Phonographic Industries, London, organisiert. Zwischen dem BIEM und dieser Interessengemeinschaft ist ein Normalvertrag über die Höhe der Lizenzgebühr für Schallplattenaufnahmen vereinbart worden.
5) vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.73 ff. u. 367 ff.

II) Die Organisation der GEMA

1) Mitgliedschaft

Die Mitglieder G E M A verpflichten sich nach der Satzung (§ 3), ihre gegenwärtigen und zukünftigen Aufführungsrechte und mechanischen Rechte nach Maßgabe eines zwischen dem Verein und jedem einzelnen Mitglied abzuschließenden Vertrages zu übertragen[1]. Der Beitritt ist freiwillig. Diejenigen Urheber, die glauben, auf die Überwachung der Verwertung durch die Gesellschaft verzichten zu können, brauchen ihr nicht beizutreten[2].

Die G E M A unterscheidet zwischen ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern. Die außerordentlichen Mitglieder werden auch als Wahrnehmungsberechtigte bezeichnet. Anspruch auf Erwerb der ordentlichen Mitgliedschaft haben nur Komponisten, Textdichter und Musikverleger, deren Durchschnittsaufkommen in fünf aufeinanderfolgenden Jahren einen bestimmten Betrag erreicht (§§ 6 und 7 der Satzung)[3]. Unterhalb dieser Grenze erwerben die Wahrnehmungsberechtigten die Stellung außerordentlicher Mitglieder. Unabhängig hiervon kann der Aufsichtsrat ferner solche Wahrnehmungsberechtigte als ordentliche Mitglieder berufen, bei denen entweder nachgewiesen wird, daß das Aufkommen infolge anzuerkennender Behinderung in der Ausübung des Berufes unter den Mindestsätzen zurückgeblieben

---

1) Neufassung der Satzung auf Grund der Beschlüsse in der ordentlichen Mitgliederversammlung vom 12. Oktober 1960

2) Selbst zur Zeit des nationalsozialistischen Regiems in Deutschland ist durch das STAGMA-Gesetz niemals eine Zwangsmitgliedschaft festgelegt worden.

3) Komponisten und Textdichter müssen in fünf aufeinanderfolgenden Jahren ein Durchschnittsaufkommen von jährlich mindestens DM 4.000,-, Musikverleger DM 10.000,-, gerechnet ab 1.1.1946 von der GEMA bezogen haben

ist oder kulturelle Erwägungen die ordentliche Mitgliedschaft als wünschenswert erscheinen lassen (§ 7 Abs. 2 der Satzung).

Beide Gruppen müssen den oben genannten Berechtigungsvertrag abschließen. Ordentliche Mitglieder können darüber hinaus gegenüber dem Vorstand der G E M A eine Beitrittserklärung abgeben (§ 8 der Satzung). Die Differenzierung in der Mitgliedschaft hat ihren Grund darin, daß die G E M A nicht nur kulturelle Aufgaben wahrnimmt, sondern vor allem auch von kommerziellen Gesichtspunkten getragen wird[1].

Die Mitgliedschaft endet durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Vorstand unter Innehaltung einer Frist von drei Monaten vor Ablauf des Geschäftsjahres, durch Tod oder durch Ausschluß, der wegen eines gröblichen Verstoßes gegen die Satzung, das Vereinsinteresse oder das Urheberrecht erfolgen kann. Die ordentliche Mitgliedschaft kann außerdem dann verloren gehen, wenn festgestellt wird, daß die finanziellen Voraussetzungen des § 7 der Satzung nicht mehr vorliegen. Die Beendigung der Mitgliedschaft hat auf die Wirksamkeit des Berechtigungsvertrages keinen Einfluß. Für dessen Dauer wird das ausgeschiedene Mitglied wahrnehmungsberechtigt.

2) Organe

Organe des Vereins sind nach § 5 der Satzung die Mitgliederversammlung, der Aufsichtsrat und der Vorstand. In der Mitgliederversammlung

1) vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.39. Daher hat auch nur das ordentliche Mitglied Sitz und Stimme in der Mitgliederversammlung, vgl.§ 10 der Satzung und Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.40. Hingegen bringt die verschiedene Mitgliedschaftstellung hinsichtlich des Inkassos und der Verteilung der kassierten Beträge keine Unterschiede mit sich; vgl. S. 21 der Arbeit

hat grundsätzlich nur das ordentliche Mitglied Sitz und Stimme. Die ordentlichen Mitglieder wählen den aus sechs Komponisten, fünf Verlegern und vier Textdichtern bestehenden Aufsichtsrat (§§ 10 Abs. 6 Ziff.c und 13 der Satzung), sowie die in der Satzung und im Verteilungsplan vorgesehenen Ausschüsse und Kommissionen[1].

Der Aufsichtsrat wird für die Dauer von zwei Jahren gewählt und hat die Stellung eines Aufsichtsrates nach den Vorschriften des Aktienrechts[2]. Darüber hinaus hat er die Befugnis, dem Vorstand Weisungen zu erteilen (§ 13 Abs.3 der Satzung). Der Vorstand wird vom Aufsichtsrat bestellt; er vertritt die G E M A gerichtlich und außergerichtlich (§ 14 der Satzung).

Die ordentliche Mitgliederversammlung beschließt außerdem Satzungsänderungen und Änderungen des Verteilungsplanes, wobei getrennt nach Berufsgruppen abgestimmt wird und Einstimmigkeit der drei Berufsgruppen erforderlich ist (§ 11 Ziff.b der Satzung).

Die außerordentlichen Mitglieder werden jährlich zu einer besonderen Versammlung der außerordentlichen Mitglieder einberufen, in der alle zwei Jahre sechs Komponisten, fünf Verleger und vier Textdichter gewählt werden, die an der ordentlichen Mitgliederversammlung teilzunehmen berechtigt sind. Diesen Vertretern stehen alle Rechte der ordentlichen Mitglieder mit Ausnahme des passiven Wahlrechts zu (§ 12 der Satzung).

---

1) Schätzungskommission, Urheberrechtsausschuß, Werkeausschuß, Rechtsausschuß, Tarifausschuß, Programmausschuß, Wirtschaftsausschuß
2) vgl. § 95 Akt G

Bei der Generaldirektion der G E M A in Berlin bestehen die Personalabteilung, Rechtsabteilung, Mitgliederabteilung, Abteilung Werkeanmeldung und die verschiedenen Abrechnungsabteilungen der einzelnen Musiksparten. Im Außendienst sind 24 Bezirksdirektionen tätig, die für die in Deutschland stattfindenden Musikaufführungen von den Musikveranstaltern Gebühren kassieren und die Musikprogramme einziehen. Geld und Programme kommen bei der Generaldirektion zusammen, die die Gelder auf Grund der Programme an die beteiligten Komponisten, Textdichter und Verleger verteilt.

3) Tantiemerecht

Die Verteilung der von der G E M A eingezogenen Tantiemen erfolgt nach einem genauen Verteilungsplan[1]. Dabei werden in den Allgemeinen Grundsätzen und Ausführungsbestimmungen zum Verteilungsplan unter "Bezugsberechtigten" sowohl die ordentlichen als auch außerordentlichen Mitglieder verstanden[2], d.h. es wird zwischen ihnen bei dem Inkasso und der Verteilung der kassierten Beträge k e i n Unterschied gemacht.

Für jedes Geschäftsjahr wird von dem Gesamtbetrage, den die G E M A innerhalb Deutschlands durch Verwertung der ihr übertragenen Aufführungs- (einschließlich Sende-) Rechte erzielt hat, nach Abzug der Unkosten die an die Bezugsberechtigten zur Verteilung gelangende Summe festgesetzt.

---

1) Neufassung auf Grund der Beschlüsse in der ordentlichen Mitgliederversammlung vom 12. Oktober 1960

2) vgl. die Allgemeinen Grundsätze des Verteilungsplans für das Aufführungs- und Senderecht Anm.1

Alle Verrechnungssparten werden unter einheitlicher Anwendung des Unkostensatzes gleichermaßen belastet[1].

Anspruch auf Berücksichtigung bei der Verteilung haben jedoch nur diejenigen Bezugsberechtigten, die an den während des Geschäftsjahres zur Aufführung gelangten Werken nachgewiesenermaßen beteiligt sind. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß Aufführungen, die tatsächlich stattgefunden haben, nicht nachweisbar sind, ist es nach den Ausführungsbestimmungen zugelassen, daß für solche auch ohne Nachweis der Aufführung Beträge mäßigen Umfanges zur Ausschüttung gelangen. Bei der Verteilung der Einnahmen wird sowohl der materielle als auch kulturelle Wert eines Musikstückes berücksichtigt (§ 3 der Allgemeinen Grundsätze).

Von den Veranstaltern sind gleichzeitig mit dem Ersuchen um Erteilung der Aufführungserlaubnis Angaben über die Art und Weise sowie Zeit und Ort der Aufführung zu machen[2]. An Hand dieser Erklärungen wird der Veranstalter in die entsprechende Kategorie des auf ihn passenden Tarifs zur Zahlung eines bestimmten Betrages eingestuft[3]. Die Gebührensätze werden außerdem

---

1) Abgesehen von den Verwaltungskosten müssen auch die Zuwendungen an die Versorgungsstiftungen zu den Unkosten gerechnet werden. Die G E M A stellt einen bestimmten Prozentsatz ihrer Einnahmen für Versorgungs- und Unterstützungszwecke bereit. Die Stiftungen sind als rechtsfähige Stiftungen errichtet. Sie gewähren einen Alterssold, ein Witwengeld und ein Sterbegeld sowie Unterstützung der in Not geratenen Mitglieder.

2) vgl.dazu Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.43,44

3) Die Tantiemeveranlagung erfolgt nach der Zahl der Musiker, der Größe des Veranstaltungsraumes, nach der Zahl der Sitzplätze und nach der Einwohnerzahl der betreffenden Stadt.

nach dem Prinzip des Umsatzes gestaffelt.

Zur Durchsetzung der Gebührenforderungen und um den häufigen Tantiemehinterziehungen und Aufführungserschleichungen zu begegnen unterhält die G E M A eine umfangreiche Kontrollorganisation zur Prüfung und Überwachung aller musikalischen Veranstaltungen.

B e s o n d e r e r T e i l

Der Kartellcharakter der G E M A

A) Auffassung der kartellrechtlichen Wissenschaft und Praxis

Schon während der Geltungszeit der KartVO von 1923 war der Kartellcharakter der Verwertungsgesellschaften Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion.

Das K a m m e r g e r i c h t[1] hat sich in einem Urteil vom 6. Juli 1929 auf den Standpunkt gestellt, daß die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 1 KartVO[2] auf die Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte nicht vorlagen, weil der Zusammenschluß der Urheber nicht zum Zwecke der Konkurrenzbeschränkung erfolgt sei. Außerdem könne man die Inhaber von Urheberrechten nicht als Unternehmer bezeichnen.

Gegen diese Ausführungen wandte sich H e r z o g[3]. Die G E M A sei der typische Fall des Syndikates. In Erweiterung der üblichen Kartelldefinition forderte H e r z o g für Kartellmitglieder nicht begriffsnotwendig die Unternehmereigenschaft; nach seiner Ansicht genügte für die Anwendbarkeit des § 1 KartVO ein

1) KR 1930,36 (37). Zustimmend Staudinger-Geiler, Anh.zu §§ 705 ff., Anm.87

2) "Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen, o.ä. Abmachungen) bedürfen der schriftlichen Form".

3) KR 1930,20 (24,25)

Verband von Konkurrenten. Im Hinblick auf den Zweck der KartVO, wirtschaftliche Machtentfaltung zu begrenzen, bejahte er ihre Anwendbarkeit auch auf dem Gebiete der Musikwirtschaft[1].

C a l l m a n n neigte wohl ebenso dazu, die G E M A dem § 1 KartVO zu unterstellen, wenn er in seinem Kommentar die Übertragung der gesamten Verwertung von Aufführungsrechten durch die Komponisten auf die Gesellschaft als Handhabung des Absatzes bezeichnete[2].

Auch unter dem Besatzungsrecht hat das K a m m e r g e r i c h t in zwei Urteilen eine Anwendung der Vorschriften über die Dekartellierung auf die G E M A abgelehnt[3]. Es wurde zwar anerkannt, daß auch die Verwertung von geistigen Erzeugnissen, sei es musikalischer, literarischer oder sonst kunstschaffender Art, zur "Wirtschaft" i.S. des Gesetzes Nr. 56 und der VO Nr. 78 gehöre[4]. Die der G E M A überlassenen Urheberrechte seien jedoch gesetzliche Monopolrechte, die dem Monopolverbot der Dekartellierungsgesetze vorgingen. Außerdem sei nicht die Beschränkung des Wettbewerbs Ziel und Zweck der GEMA, sondern der Schutz ihrer Mitglieder[5]. Unabhängig von diesen sachlichen Gründen könne aber die G E M A auch schon deshalb nicht unter das Gesetz Nr. 56 - VO Nr.78 - fallen, weil sie am 24. August 1947 durch den Alliierten Kontrollrat die Genehmigung für Bestehen und Tätigkeit erhalten habe, nachdem die Alliierten den Geschäftsbetrieb, die Organi-

1) Vgl. dazu auch Herzog in ZBH 1930,2 (4 1.Sp.) und Passow S.69
2) Kommentar Anm.44 zu § 1(S.332); vgl.auch S.44 und S.85 Anm.56
3) Urteil vom 7.Oktober 1952 in WuW 1953,175 und Urteil vom 12.Juni 1953 in GRUR 1954,525 (527)
4) WuW 1953,175 (176)
5) a.a.O.177; GRUR 1954,525 (527)

sation und die rechtsgeschäftlichen Grundlagen der Gesellschaft geprüft hätten.

Der B u n d e s g e r i c h t s h o f ließ in einem Urteil vom 30. November 1954[1] die Frage offen, ob die G E M A eine Konzentration übermäßiger Wirtschaftskraft darstelle.

M ö h r i n g erwähnte in einer rechtsvergleichenden Untersuchung über Urheberrechtsgesellschaften[2], die G E M A falle schon deshalb nicht unter das Dekartellierungsrecht, weil ihre Abmachungen, ähnlich wie Alleinvertriebsabkommen des Handels, auf Grund der "rule of reason" gerechtfertigt seien. Für das damals zu erwartende deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen leitete M ö h r i n g dessen Unanwendbarkeit auf die G E M A daraus ab, daß es als Sonderregelung für die gewerbliche Wirtschaft gedacht sei und sich daher ausschließlich mit Marktabreden von "Unternehmen" befasse[3].

In der B e g r ü n d u n g zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen[4] ist die G E M A als Beispiel eines marktbeherrschenden Unternehmens namentlich genannt. Als Grund ist angeführt, die Gesellschaft vereinige "fast sämtliche Musikaufführungsrechte in ihrer Hand, so daß jeder Musikveranstalter gezwungen ist, die Genehmigung zur Verwertung von Musikaufführungsrechten bei ihr einzuholen."

---

1) BGHZ 15,338 (343) = UFITA Bd.20,111
2) WuW 1951/52,91 (95).Im Ergebnis ebenso Benkard in GRUR 1954,181 (183 unter VI) und Hoepffner in JR 1954, 288 (292)
3) a.a.O.S.91. Vgl.auch die Ausführungen von Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29(1959/III), 269 = Schriftenreihe der UFITA, Heft 15,90, auf die später noch zurückzukommen sein wird.
4) BT Drs.3462, 1.Wahlperiode, S.33 und BT Drs.1158, 2.Wahlperiode, S.39

Zu den Stimmen im Schrifttum, die sich gegen diese Auffassung richten, gehören vor allem N i p p e r d e y und S ü ß . Ziel und Zweck einer Verwertungsgesellschaft sei nicht die Beherrschung des Marktes, sondern die Wahrung des Urheberrechts als solchem und die Verhinderung dessen gewissenloser Ausplünderung. Außerdem könne die G E M A die Funktion eines marktbeherrschenden Unternehmens auch deshalb nicht ausüben, weil sie satzungsgemäß einem Kontrahierungszwang unterworfen und somit weder im Abschluß von Verträgen noch in der Gestaltung von Geschäftsbedingungen frei sei[1]. Man könne auch nicht vom Urheberrecht als einem Ausschlußrecht und gleichzeitig von einer marktbeherrschenden Stellung sprechen[2]. Abgesehen davon fehle es aber auch an den vom Gesetzgeber selbst angeführten Symptomen eines marktbeherrschenden Unternehmens. Andererseits bejaht G r u n d m a n n[3] im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Auffassung von N i p p e r d e y[4] die Anwendung des § 17 des Entwurfs auf die G E M A. Auch S p e n g l e r[5] verlangt eine staatliche Kontrolle der Tarife und des Geschäftsgebahrens der Gesellschaft und ihre Unterstellung unter die Aufsicht des § 22 GWB[6].

B a u m b a c h - H e f e r m e h l[7] wollen das Verbot des § 1 GWB nicht auf die G E M A anwenden, weil nicht jede wirtschaftliche Verwertung eines Gutes den Gesetzen des

---

1) Nipperdey in NJW 1953,881 (883) = GN Heft 17 (Mai 53), 12 (14)
2) Süß in GN Heft 30 (August 1956),6 (7)
3) NJW 1954,297,298; ebenso Blotekamp in UFITA Bd.34 (1961/II), S.17 (20 ff) für § 22 GWB
4) a.a.O.
5) GRUR 1953,78 (81)
6) § 17 des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen stimmte im wesentlichen mit dem jetzt geltenden § 22 GWB überein
7) Kom.8.Aufl., Anm.44 zu § 1,S.1242.Ebenso Müller S.46,47

Marktes unterliegen solle. Es widerspreche dem Sinnzusammenhang des Gesetzes, auf Urheberrechtsgüter schlechthin die Regeln des marktlichen Wettbewerbs anzuwenden. Man könne die G E M A nicht mit den landläufigen Markt- und Wirtschaftsunternehmen vergleichen. Die wirtschaftliche Verwertung urheberrechtlicher Nutzungsrechte sei Ausdruck einer persönlichen Entscheidung des Rechtsträgers, der damit persönlichkeitsrechtliche Befugnisse ausübe.

G r e u n e r verneint den Kartellcharakter der G EM A, da durch ihre Tätigkeit überhaupt erst eine Art Markt für Aufführungslizenzen geschaffen worden sei. Es schließe sich aber schon begrifflich aus, die Entstehung eines Marktes bereits mit seiner Beeinträchtigung gleichzusetzen[1]. In einer Hilfserwägung fügt Greuner hinzu, daß im Falle einer Bejahung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB die G E M A als Ausnahme nach § 5 III GWB zu behandeln sei[2].

Nach W a w r e t z k o[3] sind die in der G E M A zusammengeschlossenen Kreise infolge Fehlens eines Wettbewerbs untereinander nicht als echte Unternehmer anzusehen. Die Anwendung des § 22 GWB lehnt Wawretzko mit der Begründung ab, die Tätigkeit der G E M A behindere in keiner Weise das Entstehen gleicher oder ähnlicher Zusammenschlüsse; auch werde Produktion und Festlegung der Lizenzgebühren von nicht organisierten oder der G E M A angeschlossenen Musikautoren und Textdichtern durch das Bestehen der Gesellschaft nicht beeinträchtigt oder gar blockiert[4].

---

1) S.58
2) a.a.O. unter 4
3) UFITA Bd.31 (1960/III), S.287 (301),vgl.auch Hubmann § 48 I 1e S.202
4) a.a.O.S.308,309

M e s t m ä c k e r verneint das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB, weil als wirtschaftliche, unternehmerische Tätigkeit der Urheber nur die Verwertung der Aufführungsrechte in Betracht komme, diese Tätigkeit aber mit dem Beitritt zur Verwertungsgesellschaft im ganzen auf diese übertragen werde[1]. Der Tatbestand des § 22 I GWB sei hingegen erfüllt, da die G E M A den überwiegenden Teil der geschützten Musik innehabe und als Anbieter daher auf ihrem Markte keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei[2].

Im Gegensatz zu diesen Meinungen hat B r u g g e r die Ansicht vertreten, Verwertungsgesellschaften seien je nach der Ausgestaltung ihrer Satzung bzw. der mit ihren Mitgliedern abgeschlossenen Wahrnehmungsverträge möglicherweise Kartelle im Sinne des § 1 GWB[3]. Die Ausführungen von Brugger schienen vom B u n d e s k a r t e l l a m t in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1958[4] zunächst in nähere Erwägung gezogen worden zu sein, denn es wurde dort zum Ausdruck gebracht, daß sich gegen einen Zusammenschluß der Urheber in einer Verwertungsgesellschaft erhebliche kartellrechtliche Bedenken ergeben könnten, wenn die Urheber der Gesellschaft ihre Verwertungsrechte mit dinglicher Wirkung zur ausschließlichen Nutzung übertragen. Diese Bedenken sind jedoch später fallengelassen worden. Im Tätigkeitsbericht 1960[5] führte das BKA aus, die Grün-

1) Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.20, S.37
2) a.a.O.S.38 im Ergebnis ebenso Bussmann-Pietzcker-Kleine, Gewerbl.Rechtsschutz,S.446
3) WuW 1959, 159 (168).Vgl.ferner UFITA Bd.27 (1959/I),189
4) Vom 15. April 1959 in BT Drs.1000, 3. Wahlperiode, S.39
5) Vom 5. Mai 1961 in BT Drs.2734, 3.Wahlperiode, S.18

dungsverträge oder Satzungen der Verwertungsgesellschaften könnten zwar die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfüllen; diese Bestimmung habe jedoch bei individualrechtlichen Berechtigungsverträgen mit den Urhebern, in denen sich diese in der eigenen Verwertung ihrer Rechte beschränken würden, außer Betracht zu bleiben, wenn solche Verträge lediglich zu faktischen Wettbewerbsbeschränkungen führen könnten. Ein am 30. September 1960 eingeleitetes Verfahren gegen das BIEM (Bureau International de l'Edition Mécanique) und damit auch gegen die GEMA als deren deutsche Mitgliedsgesellschaft[1] hat die 4.Beschlußabteilung des BKA im Juli 1963 eingestellt, nachdem sie zu dem Ergebnis gekommen war, daß weder die GEMA noch die Verwertungsgesellschaft Wort noch die Gesellschaft für Verwertung von Leistungsschutzrechten als Kartelle anzusehen seien. Die Urheberrechtsverwertungsgesellschaften seien zwar geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen; dies geschehe jedoch nicht durch eine Beschränkung des Wettbewerbs. Die individuelle Wahrung von Urheberrechten sei unmöglich; erst die Zusammenfassung aller Rechte der Urheber und Interpreten ermögliche deren Verwertung. Auch die Beteiligung der Verleger an Urheberrechtsverwertungsgesellschaften ist nach Auffassung der BKA kartellrechtlich irrelevant, weil hierdurch der Wettbewerb nicht beschränkt werde[2].

Hingegen findet nach der Ansicht des BKA § 22 GWB auf die GEMA als marktbeherrschendes

---

1) vgl. GN Heft 49 (Februar 1961), S.3; das Verfahren war eingeleitet worden, nachdem eine Untersuchung der Preisentwicklung in der Schallplattenindustrie ein einheitliches Preisgebaren ergeben hatte. Nach dem Beginn des Verfahrens war die GEMA aus dem BIEM ausgetreten, vgl. GN a.a.O. S.4

2) vgl. FAZ vom 27. Juli 1963 Nr. 171, S.7; die Entscheidung ist bisher nicht veröffentlicht

Unternehmen uneingeschränkt Anwendung[1]. Damit stehe auch die Erwägung im Einklang, daß die nach Gesetz und höchstrichterlicher Rechtsprechung den Urhebern zustehenden Rechte aus zwingenden tatsächlichen Gründen nicht von den einzelnen Berechtigten selbst, sondern nur durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden könnten. Hierfür sei die Übertragung einer Reihe von urheberrechtlichen Befugnissen auf die in Betracht kommenden Verwertungsgesellschaften mit dinglicher Wirkung zur ausschließlichen Nutzung unerläßlich[2].

Der Ministerialentwurf für ein Gesetz über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiete des Urheberrechts[3] läßt schließlich den Schluß zu, daß sich nach Ansicht des B u n d e s j u s t i z m i n i s t e r i u m s die Anwendung des § 1 GWB auf die GEMA nicht von vornherein ausschließen läßt. § 24 dieses Entwurfs sieht nämlich eine Änderung des GWB vor durch Einfügung eines § 102a in das GWB, durch den die Bestimmungen der §§ 1 und 15 GWB unter gewissen Voraussetzungen auf Verwertungsgesellschaften keine Anwendung finden sollen.

---

1) Bericht des BKA über seine Tätigkeit im Jahre 1959 vom 13. April 1960 in BT Drs. 1795, 3.Wahlperiode, S.46 und im Jahre 1960 vom 5.Mai 1961 in BT Drs. 2734, 3.Wahlperiode, S.18 und 51

2) Vgl. auch die Entscheidung der 4.Beschlußabteilung des BKA vom 18. November 1960 - B4-748100-A-244/60 -, zitiert in GN Heft 49 (Februar 1961), S.3, wo noch einmal klargestellt wird, daß die GEMA mit Rücksicht darauf, daß sie als einzige Verwertungsgesellschaft auf ihrem Gebiet eine faktische Monopolstellung innehabe, als marktbeherrschendes Unternehmen i.S. des § 22 GWB anzusehen sei. "Damit hat das BKA zu dieser Frage sich für die den Bestand einer Verwertungsgesellschaft nicht antastende und damit zugleich auch zweckmäßigste Lösung entschieden".

3) Vom 23. März 1962 in BT Drs. 271, 4.Wahlperiode, S.7

*) Fortsetzung Seite 33

B) Kartellrecht und Urheberrecht

Einige Verfasser haben in dem Verhältnis des Urheberrechts zum Kartellrecht die Lösung der Frage gesucht, ob die G E M A überhaupt marktwirtschaftlichen Gesetzen unterworfen werden kann.

L i e r m a n n[1] entscheidet den Konflikt zwischen Urheberrecht und Kartellrecht "von den Fundamenten der Rechtsordnung aus" zugunsten der Verwertungsgesellschaften, indem er im Urheberrecht eine lex specialis sieht, die von der lex generalis des Kartellrechts schon ihrem Wesen nach nicht ergriffen werden könne. Dem Gesetzgeber sei, um den einzelnen Urheber wirksam gegen Ausplünderungen schützen zu können, nur die Möglichkeit geblieben, das Urheberrecht als Monopolrecht auszugestalten[2]. Derselbe Gesetzgeber also, der durch das GWB die Bildung marktbeeinflußender Monopolstellungen zu verhindern suche, habe im Urheberrecht selbst ein Monopol geschaffen, welches unter den heutigen Verhältnissen nur im Wege eines Zusammenschlußes der einzelnen Urheber in Verwertungsgesellschaften wirksam genutzt werden könne. Da die Verwertungsgesellschaften aber lediglich Kontroll- und Inkassofunktionen wahrzunehmen hätten, sei die Konkordanz der Gesetzgebung nicht in Frage gestellt. Kartellrecht und Urheberrecht, letzteres auch in Verwertungsgesellschaften summiert, widersprächen sich nicht. Dem hat M e s t m ä c k e r[3] entgegengehalten, daß jedes -durch die Differenzierung beliebiger Güter bedingte - unterscheidbare Angebot in der Lage sei, Markteinfluß auszuüben; dies sei keineswegs eine Besonderheit des Urheberrechts. Diese Art der

1) in UFITA Bd.29 (1959/III), 315 (320,321)
2) a.a.O.S. 318
3) in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.20, 28-30

Marktbeeinflussung sei aber für eine Abgrenzung der Monopolmacht im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nicht geeignet. Diese Urheberrechte besäßen nämlich nicht notwendig jenen Grad der Marktbeeinflussung, der zu einer Marktbeherrschung führe; der Urheber erhalte erst durch die vom Gesetz verliehenen ausschließlichen Befugnisse ein zu individualisierendes Recht, über dessen Marktwirkung damit noch nichts ausgesagt sei. Auch M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[1] wollen das Urheberrecht nicht als gesetzliche Ausgestaltung eines Monopols im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne verstanden wissen. Im Urheberrecht erkenne das positive Recht lediglich die naturrechtlich begründete unlösbare Bindung des geistigen Schöpfers an sein Werk an[2]. Insoweit habe das Urheberrecht Vorrang vor dem GWB[3]. Werde aber der legale Bereich der Auswirkungen urheberrechtlicher Befugnisse überschritten, so seien Kollisionen mit dem Kartellrecht möglich. Nach der Ansicht von B r u g g e r[4] schließlich finden sämtliche materiellrechtliche Bestimmungen des GWB - mit Ausnahme der §§ 20,21 - im urheberrechtlichen Geschäftsverkehr Anwendung und errichten so die Schranke, die im Interesse der Wettbewerbsfreiheit und der Erhaltung des Wettbewerbs erforderlich ist.

---

1) in UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (275)
2) vgl. auch das Urteil des BGH vom 18.5.1955 in BGHZ 17, 266 (278 f) mit dem Leitsatz: "Für die Auslegung urheberrechtlicher Gesetzesbestimmungen ist der das Urheberrecht beherrschende Rechtsgedanke bedeutsam, daß die Herrschaft des Urhebers über sein Werk die natürliche Folge seines geistigen Eigentums ist, das durch die Gesetzgebung nur seine Anerkennung und nähere Ausgestaltung gefunden hat".
3) Auch aus dem Gesichtspunkt der ethischen Fundierung des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit lasse sich noch keine Einschränkung des gesetzlichen Umfanges des Urheberschutzes herleiten, a.a.O. S.277
4) in UFITA Bd.27 (1959/I), 189 (220)

Es liegt auf der Hand, daß sich Berührungspunkte zwischen den beiden Rechtsgebieten vor allem bei der Frage der systematischen Einordnung derjenigen Organisationen ergeben, die sich mit der Verwertung geistigen und künstlerischen Schaffens befassen. Denn einerseits treten gerade bei den Verwertungsgesellschaften die Ausstrahlungen des Urheberrechts besonders deutlich zutage. Durch ihre betriebliche Organisation und ihre Vertrags- und Geschäftsgepflogenheiten sind Verwertungsgesellschaften aber andererseits auch in den Wirtschaftsablauf eingegliedert und in der Lage, ein erhebliches wirtschaftliches Gewicht zu gewinnen. Da aber der Gesetzgeber an keiner Stelle ausdrücklich das Urheberrecht zugunsten des Kartellrechtes oder umgekehrt das Kartellrecht zugunsten des Urheberrechts beseitigt oder auch nur eingeschränkt hat, ist ein Konflikt[1] entstanden, der einer wertenden Entscheidung bedarf.

Sowohl vom Kartellrecht als auch vom Urheberrecht kann in diesem Zusammenhang die Einräumung einer Art von Vorrang, eines Ausschließlichkeitsanspruches geltend gemacht werden, weil aus der speziellen Blickrichtung der jeweiligen Rechtsmaterie die andere als ein systemwidriger Fremdkörper erscheint. Den Kartellrechtlern, die sich als Hüter einer funktionierenden Marktwirtschaft die Blickrichtung gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Aufgabe gemacht haben, muß das Vorhandensein von Ausschlußrechten und der Abschluß von Vereinbarungen zur Ausnutzung dieser Rechte durch Übertragung auf eine zentrale Stelle wie ein störendes und verdächtiges Reser-

1) Liermann (a.a.O.S.316) kennzeichnet diesen Konflikt als "unecht", weil lediglich zwei Rechtsanschauungen innerhalb derselben Rechtsordnung aufeinander stoßen, nicht aber, wie bei einem echten Konflikt, zwei voneinander unabhängige Rechtskreise sich gegenüber stehen.

vat im System des GWB erscheinen. Demgegenüber werden die Urheberrechtler stets auf die "exceptionelle Stellung des Urhebers in der Rechtsordnung"[1] hinweisen, die ihm vom Gesetzgeber selbst eingeräumt wurde.

Diese "exceptionelle Stellung" des Urhebers beruht auf der gesetzlichen Zuerkennung von Ausschlußrechten, die es ihm gestatten, die wirtschaftliche Verwertung seines Werkes nach Belieben vorzunehmen und andere von jeder Nutzung auszuschließen. Insoweit unterscheiden sich die Befugnisse des Urhebers nicht von denen eines Eigentümers (§ 903 BGB)[2]. Da aber das Schaffen des Urhebers in jedem seiner Werke etwas Neues entstehen läßt, das als ureigenste Schöpfung den Wert der Einmaligkeit[3] besitzt, ist dem Urheber kraft des ihm gesetzlich zugestandenen Ausschließlichkeitsrechts zugleich eine Monopolstellung eigen, die ihm je nach der Nachfrage gerade hinsichtlich der einzelnen schöpferischen Leistung auf dem Musikmarkt, insbesondere dem Markt für musikalische Aufführungsrechte, einen gewissen Einfluß verschafft[4].

Wenn Liermann[5] in diesem Zusammenhang allerdings weiterhin ausführt, daß bei einem Zusammenschluß der Autoren in einer Verwertungsgesellschaft zum Zwecke der gemeinsamen Ausnutzung ihrer Rechte nichts anderes entstehe,

---

1) Möhring-Lieberknecht a.a.O. S.275
2) Demgemäß genießt das Urheberrecht auch unbestritten die Eigentumsgarantie des Art.14 GG; Hinweise bei Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29, 269 (274 Anm.18) und Brugger in UFITA Bd.27, 189 (217 Anm.73)
3) mit den auf S.7 der Arbeit aufgeführten Einschränkungen
4) zur Frage der Substitutionskonkurrenz bei einer künstlerisch einmaligen Leistung vgl. S.90ff der Arbeit
5) a.a.O. S.319, 320

als eine Summe von vorher schon bestehenden durch den Gesetzgeber sanktionierten Monopolrechten, so kann ihm insoweit nicht gefolgt werden. Insbesondere vermag der Hinweis darauf, daß es den Urhebern nicht um die Schaffung einer Marktmacht, sondern nur um die Einrichtung einer insoweit notwendigen Kontroll- und Inkassostelle gehe, seine Ansicht von der Konkordanz der Gesetzgebung nicht zu stützen. Es mag zwar zugegeben werden, daß in jedem Rechtsstaat gerade den schöpferischen Kräften die ungestörte Ausnutzung ihrer Leistungen und die hierzu notwendige Vertragsfreiheit garantiert werden muß. Wettbewerbsrechtlich ergibt sich jedoch bei einer Summierung von Ausschließlichkeitsrechten in einer zum Zwecke ihrer wirtschaftlichen Verwertung geschaffenen Organisation naturgemäß eine andere Beurteilung, als dies beim Verbleib des Urheberrechts in der Hand des einzelnen Autors zu geschehen hat. Denn im Gegensatz zum einzelnen Urheber ist eine Verwertungsgesellschaft in der Lage, Vertragsklauseln zu schaffen und Bedingungen zu setzen, denen sich die Musikverbraucher, die auf ein Gesamtrepertoire geschützter Musik angewiesen sind, unterwerfen müssen. Dadurch aber könnte sich bereits der Zusammenschluß der Urheber über den von den Urheberrechtsgesetzen gewährten Schutzinhalt hinaus negativ i.S. des Kartellrechtes auf dem Markt auswirken, zumal die Rechte zur Aufführung geschützter Musik heute mehr denn je zum Gegenstand "des gewerblichen und industriellen Massenbedarfs"[1] geworden sind. Wenn daher der Gesetzgeber bei Schaffung des GWB den einzelnen Urheber auch nicht in seinen vom Gesetz verliehenen Rechten beschneiden wollte, so rechtfertigt doch die aufgezeigte Möglichkeit, daß die Urheber bei der Verwertung ihrer Ausschlußrechte durch ihren

1) Mestmäcker a.a.O. S.38

Zusammenschluß in einer Verwertungsgesellschaft über den Inhalt ihres Schutzrechtes hinausgehen, bereits die Anwendung des GWB, dem in einem solchen Falle die Aufgabe zuteil wird, im Interesse einer gesunden Marktwirtschaft die notwendigen Schranken zu setzen. Wollte man den Kreis der bei der Vergabe von Musikaufführungsrechten stattfindenden wirtschaftlichen Betätigungen von vornherein dem Anwendungsbereich des GWB entziehen, so würde dies im übrigen dem Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG widersprechen.

M e s t m ä c k e r[1] weist in diesem Zusammenhange zurecht auf die Parallele zu den gewerblichen Schutzrechten hin, die mit dem Urheberrecht die Eigenart teilen, daß sie erst durch Gewährung ausschließlicher Befugnisse zum Gegenstand des Geschäftsverkehrs werden. Aus § 20 GWB, insbesondere Abs.4, ergebe sich aber, daß etwa ein Patent trotz des ihm durch Gesetz verliehenen Ausschließlichkeitsrechtes dem GWB und dessen Kartellverbot unterstehe.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß sich aus der Abgrenzung des Urheberrechts zum Kartellrecht insbesondere aus dem Wesen des Urheberrechts als eines Monopolrechtes die Frage nach dem Kartellcharakter der GEMA nicht grundsätzlich lösen läßt. Die kartellrechtliche Beurteilung der GEMA kann daher nur mit Hilfe des Gesetzes selbst vorgenommen werden. Bei der Anwendung seiner Vorschriften sind aber die Eigenarten des Urheberrechts und die besonderen Umstände der GEMA zu berücksichtigen.

---

1) a.a.O. S.29

C) Subsumtion unter den Kartelltatbestand des § 1 GWB

Das GWB hat von einer förmlichen Definition des Begriffes "Kartell" abgesehen.

§ 1 GWB enthält, zum Teil in Anlehnung an die von Wissenschaft und Rechtsprechung zum früheren deutschen Kartellrecht entwickelten Grundsätze, nur eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen, deren Auslegung in Anlehnung an schon vertraute Rechtsmaterien und mit Hilfe derjenigen Normierungsaspekte, die das Gesetz selbst hergibt, der Verwaltungspraxis, Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen worden ist. Die Schwierigkeiten bei dieser Auslegung entstehen vor allem durch die Aufgabe, die Begriffe "Unternehmen", "Wettbewerbsbeschränkung" und "Marktverhältnisse", die in der Rechtssprache noch keinen festen Platz haben, näher zu bestimmen und in Beziehung zueinander zu setzen.

Sinn der vorliegenden Arbeit ist es nicht, neue Definitionen zu § 1 GWB zu finden. Dies bleibt einer Arbeit über den Kartellbegriff vorbehalten. Hier werden vielmehr angesichts der einzelnen Tatbestandsmerkmale zunächst die verschiedenen Auffassungen zu den entsprechenden Rechtsbegriffen zusammengetragen und sodann auf die G E M A angewandt.

I) Die Begrenzung der Kartellzugehörigkeit auf Unternehmen

Der Begriff "Unternehmen" ist schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend bei der Umschreibung kartellrechtlich erheblicher Tatbestände verwandt worden. Während jedoch die Kartellverordnung von 1923 und das Dekartellierungsrecht den vom Gesetz erfaßten Personenkreis nicht ausdrücklich begrenzten, wendet sich § 1 GWB ausschließlich an "Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen". Diese Anknüpfung hat den Zweck, die Tatbestände des Gesetzes von vornherein auf bestimmte durch die Eigenart ihrer Tätigkeit qualifizierte Rechtssubjekte zu beschränken, also etliche Rechtssubjekte überhaupt von der gesetzlichen Regelung auszunehmen[1].

1) Begriffsbestimmung

Obwohl das GWB in vielen seiner Bestimmungen an das "Unternehmen" als Beteiligtem an bestimmten Verträgen anknüpft, findet sich an keiner Stelle des Gesetzes eine Definition. Es bedarf infolgedessen einer Klärung, wann die Vertragspartner eines Kartellvertrages die in § 1 GWB gemeinte Qualität des "Unternehmens" besitzen.

a) Negative Abgrenzung

Der Begriff "Unternehmen" wird in der Gesetzessprache häufig verwandt. Ein Vergleich der Unternehmensbegriffe verschiedener Gesetze[2] zeigt jedoch, daß dieser Begriff in den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen nicht allseitig

1) Rittner in DB 1957, 1091 (1092 unter III 1a)
2) Beispielsweise des AktG, des HGB, der GewO, des Wirtschaftsverwaltungs- oder Steuerrechts.

angesprochen wird[1]. Vielmehr werden jeweils nur eine oder mehrere Seiten des "Unternehmens" erfaßt und geregelt, so daß dieser Begriff stets aus dem typischen Blickwinkel des betreffenden Gesetzes heraus verstanden werden muß[2].

G i e s e k e[3] zieht hieraus die Schlußfolgerung, das Unternehmen sei eine wirtschaftliche Gegebenheit, die das Recht nicht erst schaffe, sondern als "Gebilde des Lebens" vorfinde. Dem hat v o n G i e r k e[4] hinzugefügt, daß schon der Versuch, auch nur für das Gebiet des Handels- und Wirtschaftsrechts einen einheitlichen Unternehmensbegriff zu schaffen, von vornherein zum Scheitern verurteilt sei. B a l l e r s t e d t[5] sieht in dem Unternehmen ein komplexes Grundinstitut der Sozialordnung, dessen Natur sich einer allseitig befriedigenden Fassung mit den Mitteln der formalen Logik entziehe.

Da somit die einzelnen Begriffsbestimmungen jeweils nur für die speziellen Anwendungsbereiche der betreffenden Gesetze geschaffen worden

---

1) BGH Urt. vom 26.10.1959 - "Glasglühkörper"- in WuW/E BGH 359 (360) / WuW 1960, 295 (296) u. Urt. vom 26.10.1961 - "Gummistrümpfe"- in WuW/E BGH 442 (449) / WuW 1962, 284 (291); Beschluß des KG vom 21.1.1960 - "Vereinigte Buchprüfer"- in DB 1960, 407 = WuW 1960,446 ff; Frankfurter Kom. Tz 3 zu § 1; Müller-Henneberg in Gem.-Kom. Anm.2 zu § 1; Würdinger in RGR Kom z.HGB Anm.2 zu § 22; Ballerstedt in JZ 1951, 486 (487); Krause in ZHR 105, 69 (85); Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl.,Anm.10 zu § 1 GWB; Langen Anm.II 1a zu § 1.

2) § 2 Abs. I UStG sieht z.B. als Unternehmer an, wer "eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt". Im HGB wird der Begriff nur im Sinne gewerblicher Tätigkeiten verstanden (vgl.z.B. § 3 Abs.2 HGB). In § 17 Abs. II GewO handelt es sich um eine industrielle Anlage.

3) Heymann-Festschrift II 1940, 112 (118)

4) ZHR 111 (1946), 1 (5,7)

5) JZ 1951, 486 (487)

sind und sich rechtssystematisch und rechtspolitisch nicht in das GWB einordnen lassen[1], besitzt der Begriff "Unternehmen" auch im GWB Eigenständigkeit und kann, wie in der Amtlichen Begründung[2] ausdrücklich hervorgehoben worden ist, insbesondere nicht aus dem Gewerbesteuerrecht oder der Gewerbeordnung entnommen werden.

Das Fehlen eines allgemeingültigen oder in den einzelnen Gesetzen zu modifizierenden generellen Unternehmensbegriffs wirft zunächst die Frage nach der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB auf, um daraus allgemeine Auslegungsgesichtspunkte für eine Begriffsbestimmung zu gewinnen[3].

Nach der Amtlichen Begründung[4] soll das GWB "die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt". Um die allseitige Versorgung der Verbraucher mit Waren und gewerblichen Leistungen sicherzustellen, muß der wirtschaftliche Tätigkeitsbereich des einzelnen von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten anderer freigehalten werden. Jedem Marktteilnehmer soll die Möglichkeit offenstehen, mit jeglichem Partner

---

1) Rittner in DB 1957, 1091 (1092); Haberkorn in GRUR 1962, 449 (450). Langen (Anm.II 1a zu § 1) bejaht sogar die Möglichkeit verschiedener Unternehmensbegriffe innerhalb des GWB entsprechend dem Zweck der jeweiligen Vorschriften.

2) BT.Drs. 3462, 1.Wahlperiode, Abschnitt C Anm. 3c zu § 1, S.25; vgl. auch BKA, Tätigkeitsbericht 1959 vom 13. April 1960 in BT.Drs.1795, 3.Wahlperiode, S.15 und Beschluß vom 3.5.1961 in BB 1961, 657; BGH Urteil vom 26.10.1959 -"Glasglühkörper"- in GRUR 1960, 304(305)

3) Amtliche Begründung a.a.O.Abschnitt C, Anm. 3c zu § 1, S.25; BGH, Urteil vom 26.10.1959 a.a.O. in WuW/E BGH 359 (360)/ WuW 1960, 295 (296) und vom 26.10.1961 in BGHZ 36,91 (103)

4) a.a.O. Einleitung A I, S.15

der Marktgegenseite über eine Ware oder gewerbliche Leistung in beliebiger Menge und zu den von ihm selbst auf Grund selbständiger Überlegungen festgelegten Bedingungen zu kontrahieren[1].

Wegen der Vielzahl der auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Vorschriften des GWB hat die Frage nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes in der Literatur zu Auseinandersetzungen geführt. Ein Teil des Schrifttums[2] und wohl auch der BGH[3] hat das Schwergewicht auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution gelegt. Der freie Wettbewerb müsse um seiner ökonomischen Ziele willen als notwendiger Bestandteil eines leistungsfähigen Wirtschaftssystems garantiert werden. Die zur Wohlstandsförderung durch Wettbewerb führende wirtschaftliche Freiheit des einzelnen sei nur ein Reflex der Institution Wettbewerb. Demgegenüber stellen L u k e s[4] und F i k e n t s c h e r[5] mehr auf den persönlichen Bereich des Wettbewerbsrechtes ab. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei im Interesse der Staatsbürger erlassen, deren wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit im Rahmen des verfassungsmäßig garantierten Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützt werden müsse. Nach einer dritten Ansich[6] schließlich stehen Institutions- und Individualschutz nebeneinander, wobei das Rangverhältnis beider Zielsetzungen im einzelnen unterschiedlich beurteilt wird.

---

1) Vgl. Rittner in DB 1957, 1091 (1092) und Schmitz in NJW 1961, 2089
2) Hinweise bei Benisch i. WuW 1961, 764 (765 Anm.5)
3) Urt. vom 26.10.1959 a.a.O.
4) Kartellvertrag S.185 ff
5) Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.207 ff., vermittelnd derselbe in "Die vertikale Preisbindung" 1960, S.64; vgl. auch Biedenkopf, "Aktuelle Grundsatzfragen" S.11 ff.
6) Hinweise bei Benisch a.a.O. S.765 Anm.7 und Koenigs in NJW 1961, 1041 Anm.8

Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzesbegriffs sind neben dem Wortlaut und den wirtschaftspolitischen Zielen des Gesetzes weiterhin die Materialien, in denen die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt.

Aus der Erwähnung der "Marktverhältnisse" in § 1 GWB ergibt sich mit der Amtlichen Begründung[1] zur negativen Abgrenzung des Unternehmensbegriffs zunächst, daß sich die Aufgaben eines Unternehmens nur innerhalb des Gebietes wirtschaftlicher Vorgänge abspielen. Im Schrifttum wird nun in diesem Zusammenhang teilweise die Ansicht vertreten, ein Unternehmen i.S. des § 1 GWB liege nur vor, wenn es "gewerbliche Leistungen" erbringe[2]. Dieses Merkmal ist jedoch dem Unternehmensbegriff nicht zugeordnet. Es gehört vielmehr zum Merkmal der Marktbeeinflussung. § 1 GWB fordert nämlich nicht, daß die Unternehmen "gewerbliche Leistungen" zu erbringen haben. Die Vorschrift ergibt lediglich ein Verbot für Unternehmen, solche Verträge abzuschließen, die "geeignet sind ... die Marktverhältnisse für den Verkehr mit ... gewerblichen Leistungen ... zu beeinflussen"[3].

Im Gegensatz zur unternehmerischen steht die private Tätigkeit[4], die sich auf Deckung des eigenen Bedarfs beschränkt. Die Abgrenzung der geschäftlichen Sphäre, die nach Wortlaut

---

1) a.a.O. Abschnitt C Anm. 3 b, S. 24
2) Mayer-Wegelin, Anm. 2 zu § 1; Müller-H. in Gem. Kom. Anm 3,8 (S.156) zu § 1; Baumbach-H., 8. Aufl., Anm. 11 zu § 1; Langen, Anm.IIIZ zu § 1; offenbar auch Mestmäcker S.31
3) von Beringe in Anm. zum Beschluß des KG vom 12.1.1960 a.a.O. in DB 1960, 409; Benkendorff in WRP 1962, 146 (147); Harberkorn in GRUR 1962, 449 (451)
4) Beschl. des KG vom12.1.1960 a.a.O. in DB 1960, 407 (408), Beschl. des BKA v.3.5.1961 in BB 1961, 657; Müller-H. in Gem. Kom. Anm.3 zu § 1; Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Anm. 11 zu § 1; Harberkorn a.a.O. Haushalte können also nicht zu den Unternehmen i.S. des § 1 gehören.

und Zweck des GWB uneingeschränkt erfaßt werden soll, zum privatgeselligen Verkehr, der sich außerhalb des Erwerbslebens abspielt, ist im Einzelfall oft schwierig. Allerdings können planmäßiges Verhalten im Geschäftsverkehr und die Buchführungspflicht zur jährlichen Feststellung des Vermögensstandes und damit verbundenen Erfolges der wirtschaftlichen Tätigkeit Anhaltspunkte geben[1].

Die Amtliche Begründung[2] läßt weiterhin erkennen, daß es auf die Rechtsform des Unternehmens, hinsichtlich derer das Gesetz keine Anhaltspunkte enthält, nicht ankommt. Das Unternehmen i.S. des § 1 GWB kann mithin als Einzelunternehmen einer natürlichen Person oder als juristische Person sowie als Personenvereinigung ohne eigene Rechtspersönlichkeit im geschäftlichen Verkehr auftreten[3]. Wie die Unterstellung auch der gemeinnützigen Unternehmen unter dem Geltungsbereich des Gesetzes[4] zeigt, ist ferner ein Gewinnstreben nicht erforderlich. Die Gemeinnützigkeit befreit auf der anderen Seite das Unternehmen nicht von der Pflicht, sich an die Grundsätze der Wirtschaftsordnung und des freien und lauteren Wettbewerbs zu halten[5]. Da sich das Gesetz auch gegenüber der absoluten Unternehmensgröße und der Eigentumsfrage (öffentliche Hand, Gemeineigentum oder Gemeinwirtschaft) neutral verhält, sind nach der Amtlichen Begründung[6] auch diese Kriterien für den Unternehmensbegriff des § 1 GWB unbeachtlich.

---

1) Brugger in MA 1959, 822 (824)
2) a.a.O. Abschnitt C Anm. 3 c, S.25; vgl. auch BGHZ 36, 91 (103)
3) Müller-H. in Gem. Kom. Anm.5 zu § 1; Müller-Gries Anm. 18 zu § 1; Mayer-Wegelin Anm.2 zu § 1
4) § 98 Abs. 1 GWB
5) Brugger in UFITA Bd. 27 (1959 I), 189 (227)
6) a.a.O.

b) Positive Abgrenzung

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Wortsinn des Begriffs muß dann von einem Unternehmen gesprochen werden, wenn im Wirtschaftsverkehr etwas mit einer auf gewisse Stetigkeit gerichteten Tendenz unternommen wird[1]. Dabei wird schon durch das Wort "Unternehmen" deutlich, daß der Schwerpunkt bei der Begriffsbestimmung auf dem Tätigkeitsbereich liegt. In diese Richtung weist auch die Amtliche Begründung[2], in der davon ausgegangen wird, daß "als unternehmerische Tätigkeit" i.S. des GWB jede "Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr" anzusehen ist.

Entsprechend hat sich auch das Schrifttum bei den für eine Unternehmerdefinition entwickelten Kriterien weitgehend an der aktiven Teilnahme am Wirtschaftsleben orientiert und im übrigen eine extensive Auslegung des Begriffs befürwortet.

B e n k e n d o r f f[3] sieht im Unternehmen den Gegenbegriff zu dem von Gefälligkeiten beherrschten privatgeselligen Verkehr. M ü l l e r - H e n n e b e r g[4] geht davon aus, daß sich das Gesetz an alle natürlichen und juristischen Personen sowie an nichtrechtsfähige Personenvereinigungen wende, die aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen. An anderer Stelle[5] bejaht Müller-Henneberg die Unternehmereigenschaft schon für denjenigen, der sich verpflichtet, sich nicht am Wettbewerb zu beteiligen oder der sich für den Fall, daß er sich bestätigt, rechtsge-

---

1) Frankfurter Kom. Tz 4 zu § 1
2) a.a.O.
3) in WuW 1956, 20 (24); ebenso KG a.a.O. in DB 1960, 407 (408)
4) in Gem.Kom.Anm. 2 zu § 1
5) Anm. 6 zu § 1; vgl.hierzu auch Fikentscher in WuW/E BGH 365 / WuW 1960, 343 und Haberkorn in GRUR 62, 450

schäftliche Beschränkungen auferlegt. Nach Müller-Gries[1] ist das Unternehmen eine natürliche oder juristische Person mit einem einheitlichen Gesamtorgan, die sich wirtschaftlich betätigt. Borchardt-Fikentscher[2] kennzeichnen die unternehmerische Tätigkeit als das "selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflußender Mitbewerber nach Geschäftsverbindungen mit Dritten". Huber, der den Unternehmensbegriff ganz allgemein in Anlehnung an die zivilrechtliche Begriffsbestimmung von Enneccerus-Nipperdey[3] definiert hat als eine "organisierte Einheit, in der Träger und Leiter des Unternehmens in der Regel gemeinsam mit einer Vielzahl abhängiger Kräfte tätig sind, um unter Einsatz von immateriellen und materiellen Mitteln bestimmten Wirtschaftszwecken, vornehmlich der Produktion, dem Handel, dem Verkehr, dem Kreditgeschäft oder der Versicherung zu dienen"[4], erweitert diese Begriffsbestimmung für den Bereich des GWB wie folgt: "Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ist daher auch dann ein "Unternehmen", wenn sie nicht zu einer organisatorischen oder juristischen Unternehmenseinheit verselbständigt, sondern unmittelbar im Rahmen der öffentlichen Verwaltung betrieben wird"[5] Baumbach-Hefermehl[6] bezeichnen die Unternehmen als "wirtschaftliche und organisatorische Einheiten, in denen sich die erwerbswirtschaftliche Betätigung

---

1) Anm. 2 zu § 25 und Anm. 1 zu § 98
2) Seite 15
3) § 133 I, S. 850: "Als Unternehmen bezeichnet man die Summe von Rechten, tatsächlichen Verhältnissen und Erfahrungen, die durch ein Rechtssubjekt allein oder mit seinen Mitarbeitern durch ihre einheitliche Zweckbestimmung zu einer organisatorischen Einheit verbunden sind"
4) Bd. 1, S.471
5) in Gem. Kom. Anm. 1 zu § 98
6) 8. Aufl. Anm. 11 zu § 1

einer oder mehrerer Personen objektiviert". R i t t n e r[1] hat die unternehmerische Tätigkeit der Nachfrager auf dem Markt dahin gekennzeichnet, daß "eine natürliche oder juristische Person über ihre eigene Bedarfsbefriedigung hinaus immer aktiv wird und als Vermittler für den Konsum anderer Wirtschaftssubjekte auftritt". B r u g g e r[2] schließlich rückt neben den "subjektiven Tätigkeitsbereich" den "objektiven Wirkungsbereich" in den Vordergrund und berücksichtigt weiterhin die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Kriterien: "Unternehmen i.S. des GWB ist der Ausdruck einer über die eigene Bedarfsbefriedigung hinausgehenden aktiven und selbständigen wirtschaftlichen Betätigung einer natürlichen oder juristischen Person in der Erzeugung oder / und im geschäftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen, wobei eine Summe von Rechten, Sachen und tatsächlichen Beziehungen die Grundlage dieser wirtschaftlichen Betätigung bilden".

Während nach den hier wiedergegebenen Auffassungen im Schrifttum der Schwerpunkt des Unternehmensbegriffs im wesentlichen auf die Aktivität bei der wirtschaftlichen Betätigung gelegt wird, fallen nach Auffassung des B u n d e s g e r i c h t s h o f s[3] auch stilliegende Unternehmen unter § 1 GWB, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie sich in absehbarer Zeit wieder am Markt beteiligen. In einer Anmerkung zum Urteil des BGH stimmt F i k e n t s c h e r[4] zu,dass eine tätige Teilnahme am Marktgeschehen für den Unternehmensbegriff nicht erforderlich sei. Eine planende Instanz sei da-

1) in Betrieb 1957, 1091 (1094)
2) UFITA Bd. 27 (1959/I), 189 (228)
3) Urt. vom 26.10.1959 in BGHZ 31, 105 (110), Müller-H. in Gem. Kom. Anm. 6 zu § 1 kennzeichnet sie als potentielle Unternehmer
4) WuW/E BGH 365, 366 / WuW 1960, 343, 344

gegen für jedes Unternehmen unentbehrlich. Solange noch ein Mindestmaß an Aktivität in der Unternehmerplanung vorhanden sei[1], sei die Unternehmereigenschaft zu bejahen. Fikentscher schlägt vor, beim Unternehmensbegriff auf das mehrdeutige Merkmal der Aktivität ganz zu verzichten und von einem Unternehmen i.S. des GWB zu sprechen, "wenn eine natürliche oder juristische Person oder eine nichtrechtsfähige Personenvereinigung in der Lage ist, sich am marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu beteiligen, und ein Wille, dies zu tun oder trotz vorliegender technischer Voraussetzungen zu unterlassen, vorhanden ist".

Im Gegensatz zu diesen Ansichten hält L u k e s[2] eine besondere Prüfung der Unternehmereigenschaft der Kartellvertragspartner für entbehrlich, da diesem Merkmal schon durch das Erfordernis der Eignung des Kartellvertrages, die Positionen Dritter beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften zu verschlechtern und dadurch deren freie wirtschaftliche Betätigung zu beeinträchtigen, Rechnung getragen werde. Auch K r a c h t[3] bezeichnet die Begrenzung der Kartellzugehörigkeit auf Unternehmen als wenig sinnvoll. Während der Geltungszeit der Kartellverordnung hatten schon C a l l m a n n[4], H e r z o g[5] und A r n d t[6] zum Ausdruck gebracht, daß es Wettbewerber in allen Berufs- und Gewerbezweigen gebe, eine Beschränkung auf Unter-

---

1) die schon in dem Entschluß, einen Betrieb stilliegen zu lassen, zum Ausdruck kommen könne
2) § 23 II 2, S.302
3) in NJW 1958, 490 (491)
4) Kartellrecht S.85
5) in KR 1930, 20 (23)
6) in AöR 50, S.192(206);vgl. auch die Ausführungen des KG (Urt.v.6.Juli 1929 in KR 1930, 36 (38). Danach sind die Mitgl.von Kartellen zwar normalerweise Unternehmer. Dies sei jedoch durchaus nicht begriffsnotwendig. Besser sei es, von einem Verband von Konkurrenten zu sprechen. Ansätze auch bei Wolff in KR 1930,

nehmer daher unrichtig sei und zu unhaltbaren Ergebnissen führe. Wesentlich seien nur der Verbandscharakter des Kartells und die Marktbeeinflussung.

Es ist zwar einleuchtend, daß ein Kartellvertrag auf dem Markt Auswirkungen nur dann hervorrufen wird, wenn es sich bei den Kartellvertragspartnern um Unternehmen oder Vereinigungen von solchen handelt. Der Gesetzgeber verfolgte jedoch, indem er unter Abweichung von § 1 KartVO und den Dekartellierungsgesetzen nunmehr bestimmt, daß die Vorschriften des GWB grundsätzlich - von einigen Ausnahmen abgesehen, vgl.z.B. §§ 20, 21, 38 Abs. 2 GWB - nur noch auf Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmern Anwendung finden sollen, einen bestimmten - m.E. für die Kartellbehörden arbeitsersparenden und prozeßökonomisch wichtigen - Zweck: Es sollen nämlich Verträge zwischen solchen Rechtssubjekten, die nicht die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschriebene Qualifikation des Unternehmens besitzen, von vornherein nicht einer Nachprüfung durch die Kartellbehörden oder Gerichte unterliegen. Dem könnte nun zwar entgegengehalten werden, daß insoweit die zuständigen Stellen einer Prüfung zweifelhafter Verträge dennoch nicht enthoben seien, weil das Gesetz den Begriff des Unternehmens nicht festgelegt und eine gefestigte Ansicht sich in dieser Hinsicht noch nicht gebildet habe. Die Prüfung jedoch, ob es sich bei den Partnern eines Vertrags um Unternehmer handelt, gestaltet sich im Regelfalle einfacher als die weitaus schwierigere Frage nach der durch den Vertrag bedingten Wettbewerbsbeschränkung und dem Grad der durch sie hervorgerufenen Marktbeeinflussung. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist daher bei der Prüfung eines u.U. kartellrechtlich relevanten Sachverhaltes zunächst

an die Unternehmereigenschaft der Kartellvertragspartner anzuknüpfen, wobei die von der Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze heranzuziehen sind.

2) Die Unternehmereigenschaft der GEMA-Mitglieder

Ein Teil der Mitglieder der GEMA, Komponisten und Textdichter, üben eine "freie künstlerische Tätigkeit höherer Art aus, die eine höhere Bildung erfordert"[1], sie sind mithin freiberuflich tätig. Da das GWB hinsichtlich der freien Berufe eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthält, wird nun bei der Abgrenzung des Begriffs "Unternehmen" teilweise die Ansicht vertreten, die freien Berufe seien von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herauszunehmen. Es sollen daher, bevor die Mitglieder der GEMA auf ihre Eignung als Beteiligte an einem Kartellvertrag untersucht werden, zunächst kurz die Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum zur kartellrechtlichen Beurteilung der freien Berufe gestreift werden[2].

a) Stellung der freien Berufe

Während der Geltungszeit der Dekartellierungsgesetze waren angesichts der Unklarheiten im Text ihrer Bestimmungen Meinungsverschiedenheiten im Hinblick auf die freien Berufe aufgetaucht[3].

1) vgl. Benkendorff in WuW 1956, 20
2) Eine Abgrenzung der "freien Berufe" vom Gewerbe ist nicht erforderlich. Gemeint sind hier die klassischen freien Berufe, wie sie einigermaßen vollständig in § 18 Abs. 4 EinkStG aufgeführt sind.
3) BGHZ 16, 71 (79,80);Spitzbarth in NJW 1954, 453; Bundeswirtschaftsministerium in WuW/E BWM 23,29, KRT 24.Streitig war die Frage, ob sich Angehörige freier Berufe zu Kartellen zusammenschließen können, auch schon unter der KartVO, die in ihren wichtigsten Bestimmungen ebenfalls nicht vom Unternehmensbegriff ausging, vgl. Isay-Tschierschky Anm.9 zu § 1 und Anm.7 zu § 10;Müllensiefen-Dörinkel § 1 V 6;Passow S.15; Callmann Anm.30 zu § 1(S.321)u.Anm.15 zu § 10 (S.457)

Diese wurden auch durch das neue Gesetz nicht beseitigt, denn die Begründung zum GWB gibt für eine Klärung dieser im gegenwärtigen Zeitpunkt immer noch sehr streitigen Frage ebensowenig etwas her, wie die Gesetzesmaterialien.

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes werden entgegengesetzte Schlüsse gezogen.

Der Bundesrat hatte bei der Beratung über den ersten Entwurf des Gesetzes im Jahre 1952 angeregt, in § 1 das Wort "gewerbliche" vor "Leistungen" zu streichen und als Abs.3 einzufügen: "Als Unternehmen i.S. dieser Vorschrift gilt auch die Ausübung eines freien Berufes"[1]. Diese Vorschläge sind später nicht zum Zuge gekommen. Aus den Gesetzesmaterialien ist nicht klar ersichtlich, ob der Gesetzgeber sich damit gegen eine Einbeziehung der freien Berufe ausgesprochen oder ob er eine Klarstellung in Form des vom Bundesrat vorgeschlagenen Abs.3 für überflüssig gehalten hat[2]. Die Entscheidung dieser Frage ist der Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen worden.

Gegen eine Einbeziehung der freien Berufe in das GWB hat sich vor allem der B u n d e s v e r b a n d d e r f r e i e n B e r u f e in seiner Denkschrift vom 25. November 1952 gewandt. Es sei eine völlige Verkennung des Wesens, der Aufgaben und der besonderen Stellung dieser Berufe und unvereinbar mit ihren Prinzipien, wenn der Gesetzgeber die Träger geistiger Kräfte im Wettbewerbsgesetz mit gewerblichen Unternehmen gleichstellen wolle[3]. Das Wesen der freien Berufe liege darin, daß eine schöpferische Tätigkeit um ihrer selbst willen meist mit Verantwor-

1) Anlage 2 zur BT Drs.3462, 1.Wp.,S.53
2) Müller-H. in Gem.Kom.Anm.8 zu § 1 (S.155)
3) S.5,11

tung eigener Art gegenüber Auftraggeber und Staat unabhängig gegen ein Honorar ausgeübt werde[1]. Langen[2], der Frankf. Kom.[3], Rittner[4], Forkel[5], Rasch[6] und Funke[7] wenden sich ebenfalls gegen eine Einbeziehung der freien Berufe in das Kartellrecht mit der Begründung, man könne ihre Arbeit nicht als dem geschäftlichen Verkehr zugehörig ansehen. Lange räumt allerdings ein, die grundsätzliche Einstellung zugunsten der freien Berufe schließe nicht aus, daß in Fällen, die sich in Zukunft vielleicht ereignen können, auch einmal das Kartellgesetz zur Lösung entsprechend heranzuziehen sei, wenn anders billige Ergebnisse nicht erzielt werden könnten. Auch Fikentscher[8] ist der Ansicht, durch die Beschränkung auf den marktwirtschaftlichen Wettbewerb komme zum Ausdruck, daß die freien Berufe grundsätzlich nicht "Unternehmen" i.S. des § 1 GWB seien.

Demgegenüber argumentieren die Kartellbehörden für den entgegengesetzten Standpunkt vor allem mit der Zielsetzung des Gesetzes selbst[9]. Es sei nie an eine Beschränkung der betroffenen Kreise gedacht gewesen, so daß eine wörtliche Einbeziehung der freien Berufe habe unterblei-

1) S.6
2) § 1 II 1b
3) TZ 4,5 zu § 1
4) DB 1957, 1091 (1094)
5) in Blattei-Handbuch 8 Wi-RD Kartellrecht III
6) Anm.5 zu § 1
7) S.24
8) Anm. zum BGH a.a.O.WuW/E 365 (366) - WuW 1960, 343, (344)
9) BKA, Tätigkeitsbericht 1958 vom 15.April 1959 in BT Drs.1000, 3.Wp., S.39

ben können[1]. Für eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 1 GWB auch auf die freien Berufe haben sich weiterhin ausgesprochen M ü l l e r - G r i e s[2], M ü l l e r - H e n n e b e r g[3], B e n k e n d o r f f[4] und v. G o d i n[5]. Benkendorff regt an, die freien Berufe durch Erweiterung des Ausnahmekatalogs in § 99 GWB aus dem Gesetz herauszunehmen.

Eindeutige Entscheidungen oberer Gerichte aus der Zeit seit Inkrafttreten des GWB liegen noch nicht vor. Frühere Entscheidungen sind wegen der geänderten Gesetzeslage nicht voll verwertbar. Interessant ist in diesem Zusammenhang besonders die Entscheidung des BGH vom 18.12.1954[6] durch den Hinweis, daß "die für die Ausübung des ärztlichen Berufs maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse tiefgreifende Veränderungen erfahren haben". Nach Ansicht des BGH "kann an der Tatsache nicht vorbeigegangen werden, daß auch der

---

1) In seinem Tätigkeitsbericht 1959 vom 13. April 1960 (BT Drs.1795, 3.Wp., S.15) führt das BKA aus, es sei zwar möglich, daß einige freie Berufe in mehr oder weniger großem Umfange von der Geltung des GWB ausgeschlossen sein könnten. Solche Ausnahmen könnten etwa besonderen Gesetzen, namentlich einem für einen bestimmten Beruf geschaffenen Berufsrecht entnommen werden, welches das Verhalten der Berufsangehörigen regele und erkennen lasse, daß der Gesetzgeber in diesem Beruf entweder den Wettbewerb allgemein oder jedenfalls bestimmte Formen des Wettbewerbs nicht für zweckmäßig halte. Vgl. auch die Beschlüsse des BKA vom 9.5.1959 (in WuW/E BKart A 50(51) / WuW 1959,604(605)) und vom 3.5.1961 (in BB 1961, 657/658), das Schreiben des BKA vom 6.12.1960 an den BGH, zitiert im Urteil des OLG Stgt. vom 21.2.1963 in WuW/E OLG 545 (551/552) / WuW 1963, 615 (621/622), sowie die Ergebnisse der Arbeitstagungen der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 10./11.7.1958 (in WuW 1958,537) und vom 21./22.6.1960 (in WuW/E BKart A 43)

2) Anm.18 zu § 1

3) in Gem.Kom.Anm.8 zu § 1

4) in WuW 1956,20 (29,30)

5) in BB 1958,64

6) BGHZ 16,71 (78,79) / WuW/E BGH 92/WuW 1955, 192 - "Rückkehrverbot" -

Arzt in Erfüllung der ihm obliegenden Aufgabe eine auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit ausübt"[1].

Überwiegend wird die Einbeziehung der freien Berufe in das GWB jedenfalls dann bejaht, wenn sie zwei selbständige Tätigkeiten ausüben und eine davon gewerblicher Art ist[2]. Dabei spiele es keine Rolle, wenn die gewerbliche Tätigkeit auf den Fachkenntnissen der freiberuflichen Tätigkeit aufbaue.

Das Gesamtgebiet der freien Berufe umfaßt hinsichtlich der Art ihrer Tätigkeiten, der Rechte und Pflichten, die sich aus gesetzlichen Vorschriften und dem staatlich anerkannten Standesrecht gegenüber der Allgemeinheit und schließlich dem einzelnen Berufsangehörigen gegenüber seinem Auftraggeber ergeben, durchaus heterogene Typen. Wenn auch die gesetzlichen Gebührenordnungen und Standesrechte bestimmter Berufsgruppen die Gewähr dafür bieten mögen, daß wettbewerbbeschränkende Vereinbarungen nicht getroffen werden, so ist doch nicht ersichtlich, warum beispielsweise für einen freischaffenden Diplomkaufmann, einen Wirtschaftsberater oder Ingenieur, die keinem besonderen Standesrecht unterworfen sind, nicht das gleiche Bedürfnis, Wettbewerbsbeschränkungen vertraglich zu vereinbaren, bestehen soll, wie für ein beliebiges kleines Unternehmen. Es verbietet sich daher eine verallgemeinernde Behandlung unter wettbewerbspolitischen Aspekten[3]. Vielmehr sind für jeden einzelnen Berufszweig kartellrechtliche Fragen unter Berücksichtigung der konkreten Berufsverhältnisse gesondert zu behandeln.

---

1) Im Ergebnis hat jedoch der BGH in seiner Entscheidung die Anwendbarkeit der Dekartellierungsbestimmungen auf Wettbewerbsbeschränkungen unter Ärzten abgelehnt, vgl. BGHZ 16, 71 (80)

2) Müller-Henneberg a.a.O.S.157; Benkendorff in WuW 1956, 20 (22/23); Frankf.Kom.TZ 5 zu § 1

3) vgl. auch Bruggen in WuW 1959, 159 (164)

b) Die Mitgliedschaft der Verleger in der G E M A

Nach § 6 der G E M A -Satzung vom 12. Oktober 1960 haben drei Berufsgruppen Anspruch auf Mitgliedschaft in der G E M A : Komponisten, Textdichter und Musikverleger.

Die Unternehmereigenschaft einer besonders einflußreichen Gruppe, der Verleger, kann ohne weiteres bejaht werden, denn sie üben eine wirtschaftliche Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr aus. Bedenken bestehen jedoch im Hinblick auf die Komponisten und Textdichter. Die Unternehmereigenschaft dieser beiden Berufsgruppen könnte aber dahingestellt bleiben, wenn schon die Mitgliedschaft der Verleger dem Zusammenschluß bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Kartellcharakter verleihen würde, wenn es also für § 1 GWB genügt, daß sich einzelne Unternehmer oder Unternehmen an einem Verband von Nichtunternehmen beteiligen[1].

B r u g g e r[2] vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, sobald eine einflußreiche Unternehmergruppe in einem Verein die Möglichkeit habe, Beschlüsse herbeizuführen, die geeignet seien, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, bestänen die gleichen Kartellwirkungen wie bei einer Vereinigung, bei der sämtliche Mitglieder "Unternehmer" seien. Im Hinblick auf die G E M A kann dem aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil eine Marktbeeinflußung durch Wettbewerbsbeschränkung nicht nur durch die erwähnten Beschlüsse innerhalb der Mitgliederversammlung, sondern auch durch die Satzung oder die zwischen der Gesellschaft und den Urhebern geschlossenen

1) verneinend Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29, 269 (297)
2) in WuW 1959,159 (163)

Wahrnehmungsverträge möglich ist. M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[1] weisen im übrigen zu Recht darauf hin, daß die Verwertung der "kleinen Rechte" überhaupt nicht zur unternehmerischen Tätigkeit der Verleger gehöre. Denn dieser erwerbe im Rahmen des Verlagsvertrages keine Aufführungsrechte, welche er auf die G E M A übertragen könne.

Das Aufführungsrecht steht zwar in engem wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Verlagsrecht. Denn erst die Vervielfältigung eines Werkes ermöglicht dessen Aufführung in großem Umfange. Auch schafft der Musikverleger in den meisten Fällen erst durch seine Verlagstätigkeit und seine Beziehungen zu ausübenden Künstlern und sonstigen Musikveranstaltern die Voraussetzungen für Aufführungen eines Werkes. Aus diesem Grunde erhält er auch von der G E M A einen Anteil an den Einspielergebnissen[2]. In seiner unternehmerischen Tätigkeit wird der Verleger jedoch durch seinen Beitritt zur G E M A überhaupt nicht berührt.

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung der G E M A hat daher die Unternehmereigenschaft der Verleger außer Betracht zu bleiben, ganz abgesehen davon, daß sie allein gar nicht ausreichen würde.

c) Speziell freiberufliche und wirtschaftliche Funktionen der Urheber

Bei der Frage, ob Komponisten und Textdichter "Unternehmer" i.S. des § 1 GWB sind, wird vielfach mit Blick auf den Zweck des Gesetzes - Schutz der wirtschaftlichen Bewegungs- und Handlungsfreiheit und / oder des wirtschaftlichen

1) a.a.O.S.296; vgl.auch Mestmäcker S.33 und Wawretzko in UFITA Bd.31,287 (301)
2) vgl. § 4 des auf Grund der Beschlüsse in der ordentlichen Mitgliederversammlung vom 12.1o. 1960 neugefaßten Verteilungsplanes

Wettbewerbs als Institution[1] - auf die Unterschiede zwischen geistig-künstlerischem Schaffen und gewerblicher Produktion hingewiesen und die Anwendbarkeit des § 1 GWB schon aus diesem Grunde verneint[2].

Bei flüchtiger Betrachtung muß allerdings zunächst der Eindruck entstehen, daß Urheber schon wegen der Art ihrer Tätigkeit nicht im geschäftlichen Verkehr stehen können und mit Handlungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs nicht das geringste zu tun haben. Begriffe wie "Gewerbebetrieb", "Wirtschaftsgeschehen", "Produktion" o.ä. scheinen mit einer künstlerischen Tätigkeit unvereinbar zu sein.

Geht man aber bei der Untersuchung von dem Zweck des Urheberrechts aus, dem Werkschöpfer für den durch seine Leistung verschafften Werkgenuß ein Entgelt zu gewähren, so wird deutlich, daß sich vor allem bei den künstlerischen Berufen in der Person des einzelnen indeelle und materielle Interessen begegnen, die beide von verschiedenen rechtlichen Gesichtpunkten beherrscht werden. Hinsichtlich der Urheberpersönlichkeit muß zwischen dieser ideellen und materiellen Seite der Tätigkeit eine klare gedankliche Unterscheidung gemacht werden und beiden Interessen eine angemessene rechtliche Wertung zukommen. B r u g g e r[3] und B e n k e n d o r f f[4] haben dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie dem "homo ethicus" den frei beruflich tätigen "homo öconomicus" gegenüberstellen. Dies ist keineswegs eine Herabwürdigung der Urheberpersönlichkeit, sondern nur die Abkehr von einer Auffassung, die sich sträubte, die Dinge so zu sehen, wie sie tatsächlich

1) vgl. S. 43 der Arbeit
2) vgl.insb.Möhring-Lieberknecht a.a.O.S.282 und Wawretzko a.a.O.S.289
3) in UFITA Bd.27,189 (230)
4) in WuW 1956,20 (23,24)

sind[1].

Nach F u n k e tritt die gelegentliche wirtschaftliche Tätigkeit eines Künstlers, etwa bei der Veräußerung oder Verwertung seines Werkes, gegenüber der künstlerischen Betätigung zurück[2]. Ein Tätigsein im geschäftlichen Verkehr erfordere eine regelmäßige intensive Beteiligung am Handelsverkehr.

Abgesehen davon, daß ja auch der Urheber regelmäßig verwertend tätig wird, ist es aber ganz unbeachtlich, ob bei einer Berufsgruppe der materielle (wirtschaftliche) oder ideelle (künstlerische) Gehalt der Betätigung vorherrscht. Im Bereich des Kartellrechts kommt es lediglich darauf an, ob überhaupt eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ausgeübt wird und ob diese auf dem Markt Auswirkungen zeitigt. Die Dauer der Tätigkeit ist bedeutungslos[3]. Die kartellrechtliche Unternehmereigenschaft eines Urhebers[4] ist daher allein danach zu beurteilen, ob dieser sich bei der Verwertung seiner geistigen Schöpfung durch Vergabe von Aufführungslizenzen in irgendeiner Form am Marktgeschehen beteiligt[5]. Die Auffassung Funkes ist zu sehr von einer einseitigen Wertung der ideellen Seite der Urheberpersönlichkeit beeinflußt.

Es darf daher zunächst festgehalten werden, daß den Autoren nicht schon deshalb von vornherein jegliche unternehmerische Tätigkeit abgesprochen werden kann, weil sie nach dem Wesen ihrer (schöpferischen!) Betätigung nicht am Güterumsatz teilnehmen. Zwar ist es denkbar, daß

---

1) Möhr.-Lieb.a.a.O.S.295 halten eine solche Aufspaltung der Urheberpersönlichkeit für nicht gerechtfertigt
2) S.24
3) Müller-H.in Gem.Kom.Anm.6 zu § 1
4) Textdichter und Komponisten sind insoweit gleich gelagert
5) vgl. Greuner S.52

einzelne (wirtschaftlich unabhängige!) Urheber ihre geistig-schöpferischen Arbeiten nur um ihrer selbst willen ausüben, ohne von Honoraren abhängig zu sein. Diese Minderzahl kann jedoch bei unserer Betrachtung außer Ansatz bleiben. Im Regelfall ist der Autor gezwungen, seine Geistesprodukte, die für ihne eine Existenzbasis bedeuten, auch wirtschaftlich zu verwerten.

Vom wirtschaftlichen Standpunkt leistet der Einzelne Arbeit, um sich - in mehr oder weniger großem Umfange - die Mittel zu verschaffen, sein Leben zu fristen, und, wenn möglich, zu verschönern. In diesem Sinne verstanden muß das Schaffen des Autors als Arbeit, a u c h um des materiellen Verdienstes willen, angesehen werden[1]. Der Beruf soll nämlich ihn und seine Familie ernähren. Zu diesem Zwecke wird die geistige Schöpfung dem Publikum zur Benutzung gegen Entgelt angeboten.

Ob, und vor allem unter welchen Umständen der Urheber wirtschaftlichen Gewinn aus seinem Schaffen erzielen kann, mag dahinstehen. Die Möglichkeit allein, das fertiggestellte Werk in irgendeiner Form der Umwelt nahezubringen, verbürgt natürlich noch nicht die Sicherheit, nun auch wirtschaftlichen Nutzen aus ihm ziehen zu können.

Das Werk sichert also durch die Verwertung die materielle Existenz des Urhebers. Denn für ihn sind die Tantiemen aus den Aufführungen die Haupteinnahmequelle. Während nämlich in der Regel das Entgelt, das im wirtschaftlichen Verkehr für

1) Bei Schlagerkomponisten ist es sogar gerechtfertigt, statt "auch" "nur" zu setzen. Schlager sind "Herstellungsprodukte in unmittelbarer Erwerbsabsicht" (Plugge-Roeber S.34). Diese Erwerbsabsicht erstreckt sich vor allem auf die Verwertung der Aufführungsrechte und sieht in diesen nichts anderes als Verdienstmöglichkeiten, die, ohne Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit, der Musikpflege und der Veranstalter nutzbar zu machen sind.

ein Objekt entrichtet wird, zur Hauptsache eine Entschädigung für Material und darin verkörperte Arbeit bedeutet, und die tatsächliche Herrschaft über die Sache somit in vollem Umfang auch ihre Nutzung sichert, ist dies bei den Produkten qualifizierten geistigen Schaffens nicht der Fall. Das Entgelt, das auf dem Markt für die Gegenstände, in denen Geisteswerke ihren Niederschlag gefunden haben[1)], in der Regel verlangt werden kann, ist nur eine angemessene Entschädigung für Material, körperliche Arbeit, handelsübliche Zuschläge, inklusive eines gewissen Zuschlages für die geistige Arbeit; es stellt jedoch nicht eine Entschädigung für die Gesamtheit der mit den Objekten verbundenen immateriellen Werte dar. Ein angemessenes Entgelt für die geistige Arbeit des Urhebers liegt erst in der Summe der Einzelzuschläge, die bei jeder gewerblichen Verwertung des Geistesproduktes erhoben werden können. Daß im übrigen, zumindest bei größeren Werken der Tonkunst, das Aufführungsrecht die weitaus gewinnbringendere Art ist, ein Werk wirtschaftlich auszunutzen - im Vergleich gesehen zu dem Pauschale oder den Tantiemen, die der Urheber von seinem Verleger aus dem Verkauf der Noten erhält - liegt schon daran, daß der Verleger die bedeutenden Kosten der Drucklegung trägt und infolgedessen eine entsprechende Risikoprämie beansprucht. Auch ist es Sache des Verlegers, den Autor bekanntzumachen; die hierzu erforderlichen Reklamekosten fallen ihm ebenfalls zur Last.

Wie jeder Berufstätige für seine Arbeitsleistung Lohn, Gehalt oder Gewinn bezieht, so wird der Urheber durch die Verwertung seines Werkes in die Lage versetzt, aus seiner schöpferisch-geistigen Arbeit das entsprechende Entgelt zu fordern und für Nutzungen eine angemessene Vergütung zu verlangen. Der Urheber ist also keineswegs nur

1) beispielsweise Noten

schöpferisch tätig, "um, aller weltlichen Gebundenheit entrückt, als pflichteingestellter Übermensch in unbeirrbarer, gedanklicher Klarheit Idealprodukte zu erzeugen und einer empfangsbereiten gläubigen Masse als kollektives Gut in gerechtem Maße auszuteilen"[1], sondern ihn bestimmen ebenso auch erwerbswirtschaftliche Motive. "In der entgeltlichen Verwertung seiner Werke liegt die selbständige Erwerbstätigkeit des Künstlers"[2]. Ideelle und materielle Interessen des Urhebers schließen einander also nicht aus, sie stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander[3]. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die künstlerische Schöpfung aus einer naturgegebenen Fähigkeit und Notwendigkeit zum Schaffen entstanden ist.

Der Urheber hat auch ein Interesse daran, die Gunst des Publikums zu erwerben und sich zu erhalten. Hat sich nämlich die Kundschaft durch ständige Nachfrage zugunsten eines bestimmten Autors entschieden, so stellt sie einen wirtschaftlichen Wert von großer Bedeutung dar. Anklang in der Öffentlichkeit ist nicht nur mit erhöhter Wertschätzung der Urheberpersönlichkeit, sondern auch mit höherem "Absatz" und infolgedessen mit einer Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung durch Vermehrung der Honorare verbunden.

---

1) Sigbert Feuchtwanger "Die freien Berufe", zitiert bei Callmann Anm.30 zu § 1 KartVO
2) Hefermehl in GN Nr. 33 (Januar 1957),5 (8)
3) Das kommt schon in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 11.Juni 1907 (RGZ 66,143 / 148/) zum Ausdruck, in der im Hinblick auf die freien Berufe die Ansicht vertreten wird, daß es anstößig sei, wenn diese Berufe l e d i g l i c h zum Zwecke des Geldverdienens ausgeübt werden und daß die Berufsausübung des Arztes "nicht n u r die Betätigung einer w i r t s c h a f t l i c h e n K r a f t" sei (a.a.O.150). Auch der BGH hat hinsichtlich der Ärzte festgestellt, daß sie eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausüben und unter ihnen ein freier, aber gerade darum verschärfter Wettbewerb bestehe, vgl. BGH,Urt.v.18.12. 1954 in BGHZ 16,71 (79) -"Rückkehrverbot" - (Hervorhebungen durch Verfasser)

Auch kann das Erscheinen eines erfolgreichen Werkes unter dem Namen des Autors unter Umständen den Absatz seiner früheren Werke günstig beeinflussen.

Das Werk wird durch die Verwertung der Sphäre des Schöpfers entzogen und in den Geschäftsverkehr gebracht. Durch wirtschaftliche Ausnutzung seiner am geschützten Werk bestehenden Nutzungsrechte tritt der Urheber als "homo öconomicus" mit der Außenwelt in geschäftliche Beziehungen. Er nimmt "aktiv und werbend"[1] am Marktgeschehen teil. Mit seiner Eingliederung in das allgemeine Wirtschaftsleben gelangt er auch in den Bereich des Wettbewerbsrechtes.

Das wirtschaftliche Moment bei der Vergabe von Aufführungslizenzen liegt also in der Berechnung eines Honorars, in dem Fordern einer Tantieme, die als Anteil des aus den Aufführungen erzielten Gewinns das angemessene und den sozialen Gegebenheiten entsprechende Entgelt für die Überlassung des Aufführungsrechtes ist.

Die Vergabe von Aufführungsrechten durch den Urheber zu dem Zweck, seinen und seiner Familie Lebensunterhalt zu bestreiten, stellt sich infolgedessen als "wirtschaftliche Betätigung"[2] im unternehmerischen Sinne dar, die im Gegensatz zum privatgeselligen Verkehr steht. Der Urheber ist bei der Verwertung seiner geistigen Schöpfung als der wirtschaftlichen Seite seiner Tätigkeit "Unternehmer" i.S. des § 1 GWB[3].

---

1) Müller-H. in Gem.Kom. Anm. 2 zu § 1

2) vgl. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.234

3) Wawretzko in UFITA Bd.21 (1960/II),287 (301) kommt zu dem Ergebnis, daß infolge Fehlens eines Wettbewerbs die in der G E M A zusammengeschlossenen Kreise nicht als echte Unternehmer oder Unternehmen anzusehen seien. Die Unternehmereigenschaft muß aber von der Frage, ob zwischen den Unternehmen ein wirtschaftlicher Wettbewerb besteht, unterschieden werden.

II) Die Kartellbindung

Als Rahmen für die Bindungen der Unternehmer eines Kartells nennt § 1 GWB Verträge und Beschlüsse.

1) Die Vertragsgrundlage des Kartells

Für das Zustandekommen eines Kartellvertrages finden die Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechtes Anwendung[1]. Der Vertragsbegriff des Bürgerlichen Rechts geht von Willenserklärungen rechtsgeschäftlicher Natur aus, die mit "einer auf Erzeugung von Rechtswirkungen gerichteten Absicht"[2] verbunden sind. Der Vertrag ist danach ein Rechtsgeschäft, das Antrag und Annahme einander entsprechender gegenseitiger Willenserklärungen von mindestens zwei Partnern voraussetzt (§ 145 ff BGB).

Über die Rechtsnatur des Beschlusses herrscht Streit. Überwiegend wird er als Rechtsgeschäft besonderer Art bezeichnet, in dem mehrere Einzelrechtsgeschäfte, die Stimmabgaben der Beteiligten, zu einem einheitlichen Akt zusammengefaßt sind[3].

Beiden Begriffen des § 1 GWB ist nach überwiegender Meinung das Eingehen von Verpflichtungen im Rechtssinne gemeinsam[4], d.h. die Be-

1) vgl.Lukes, Kartellvertrag, S.286 unter 3
2) vgl.die Entscheidungen des RG und die Lit. dazu bei Lukes, Kartellvertrag, S.254 Anm.6
3) Palandt-Gramm Anm.5b vor § 709
4) Amtl.Begr.BT Drs.3462 (1.Wp.) Anm.5,6 zu § 1 S.25;Besch.des BKA v.8./9.2.u.27./28.3.62 -"Freiwill.Ketten"- in WuW/E BKartA 575(576)/ WuW 63,431(432); Sölter, Nachfragemacht,S.50, 52,58 f; Bericht des WPA BT Drs.3644,S.26;Frankf Kom.Anm.7 zu § 1; M.-H. in Gem.Kom.Anm18 zu § 1; M.-Gries Anm.23 zu § 1; Langen Anm.II3b zu § 1; Baumbach-H.,8.Aufl.,Anm.19 zu § 1;Mayer-Wegelin Anm1 zu § 1; Rasch Anm.6 zu § 1; Fikentscher, Wettbewerb S.66; Wagner S.31; Benisch DB 57,789 u. DB 59,451 (452); Ewald in WuW 1956,253(254, 255); Funke S.26,43; Ulmer,Peter in WuW 62,3 (12); Benkendorff in WRP 62, 313 (316)

teiligten eines Kartellvertrages müssen sich in ihrem wettbewerblichen Verhalten zueinander rechtlich binden wollen. Entscheidend dabei ist der Wille, wie er in der Erklärung objektiv zum Ausdruck gekommen ist.

Demgegenüber will L u k e s[1] den Vertragsbegriff des § 1 GWB auf Willenseinigungen ohne Willen zur rechtlichen Verpflichtung erweitert wissen. Die Annahme einer Verpflichtung unter den Beteiligten als Wesensmerkmal des Kartells sei weder aus den im Gesetz verwendeten Worten noch aus dem Zusammenhang des Gesetzes, dem Willen des Gesetzgebers oder dem Gesetzeszweck gerechtfertigt. Die Wirkung des gesetzlichen Verbotes werde durch eine solche Auslegung erheblich eingeschränkt. Denn auch ohne schuldrechtliche Verpflichtung seien Außenwirkungen einer Willenseinigung auf dem Markt denkbar, so daß diese Außenwirkungen keine unmittelbare Folge der rechtlichen Verpflichtungen zwischen den Beteiligten seien. Der Schutz unbeteiligter Dritter vor den von Kartellen und Kartellbeschlüssen ausgehenden Wirkungen werde infolgedessen nur dann gewährleistet, wenn alle Rechtsgeschäfte unter das Verbot fallen, von denen positionsverschlechternde Reflexwirkungen ausgehen können. Für die Annahme eines Kartellvertrages genüge es also, wenn inhaltlich übereinstimmende

1) Kartellvertrag S.123 ff, 253 ff; zustimmend Schwamberger in NJW 1959, 2189 (2191); der Ansicht von Lukes sind vor allem Benkendorff in WRP 1962, 313 (314/315) und Peter Ulmer in WuW 1962, 3 ff. entgegengetreten. Benkendorff hält Lukes entgegen, es sei für die Anwendbarkeit des § 1 GWB nicht sinnvoll, erst Willenseinigungen ohne den Willen zur rechtlichen Bindung ihres Umgehungscharakters wegen für unwirksam zu erklären. Diesen Umweg brauche man nicht, wenn man solchen Willenseinigungen von vornherein den Vertragscharakter absprechе. Benkendorff äußert jedoch, der Meinungsstreit sei theoretischer Natur und würde in der Praxis keine wesentliche Rolle spielen. Werde überhaupt eine Willenseinigung festgestellt, so werde im Regelfalle auch ein Bindungswille rechtlicher Art nachzuweisen sein.

Willenserklärungen ohne schuldrechtliche Verpflichtung die Eignung besitzen, die genannten Reflexwirkungen hervorzubringen.

Entsprechend unterstellt L u k e s[1] auch die Willensübereinkunft bei den sogenannten gentlemen agreements dem § 1 GWB, sofern nur die Beteiligten Regeln für spätere Einzelrechtsgeschäfte festlegen oder Produktions- bzw. Absatzeinteilungen vornehmen. Ebenso vertritt M ü l l e r - H e n n e b e r g[2] unter Berufung auf die Amtliche Begründung die Auffassung, Vereinbarungen müßten auch dann unter § 1 GWB fallen, wenn die Parteien sie mit Rücksicht auf diese Vorschrift unverbindlich geschlossen hätten. Auch B a u m b a c h - H e f e r m e h l[3] stellen in Rahmen des § 38 Abs.1 GWB Absprachen mit nur faktischen Bindungen wegen der "Gleichheit ihrer sozialen Funktionen" den Kartellverträgen gleich. Nach L a n g e n[4] rechtfertigt sich die Anwendung des § 1 GWB auf gentlemen agreements aus der Umgehungsabsicht, verstoße also nicht gegen das Gesetz. Der B G H[5] hat sich in einer für die Entscheidung im übrigen unerheblichen Nebenbemerkung dahin geäußert, eine Absprache nach § 1 GWB könne schon darin gefunden werden, daß Empfehlungsempfänger mit dem Empfehlenden oder

---

1) Kartellvertrag, S.303. Nach der Amtl.Begr. (BT Drs.3462, 1.Wp., Anm.6 zu § 1, S.25) sind gentlemen agreements meist echte, nach § 1 zu beurteilende vertragliche Verpflichtungen.Ihr Charakter als Kartellvereinbarung werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beteiligten sich darüber einig seien, aus einer Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung privatrechtliche Ansprüche wegen Vertragsverletzung nicht geltend zu machen.

2) in Gem.Kom.Anm.18 zu § 1

3) 8.Aufl., Anm.2, 19, 29 zu § 1

4) Anm. II3b, insbesondere S.61,62; weitere Literaturhinweise für eine Einbeziehung der gentlemen agreements bei Lukes S.292 Note 5 und Fikentscher, Wettbewerb S.62 Note 100

5) Beschluß vom 14.1.1960 in WuW/E BGH 369 (371)/ WuW 1960, 347 (349) - "Kohlenplatzhandel" -

untereinander ein gleichförmiges Verhalten abgestimmt hätten[1]. Das B K A hatte diese Entscheidung des BGH zunächst aufgegriffen und daraus die Folgerung gezogen, auch ein abgestimmtes gleichförmiges Verhalten in der Form eines gentleman agreements könne als vertragliche Absprache i.S. des § 1 GWB gewertet werden[2]. Später stellte sich das BKA dann aber auf den Standpunkt, "der gemeinschaftliche Einkauf mehrere Unternehmen (sei) solange kartellrechtlich unbedenklich, wie keine rechtliche Verpflichtung bestehe"[3]. B e n k e n d o r f f[4] hat diesen Ansichten entgegengehalten, das Umgehungsverbot besage nicht, daß Maßnahmen, die noch keine Verträge seien, zu Verträgen erhoben und dann für unwirksam erklärt werden könnten; eine Ausdehnung des Vertragsbegriffs aus Bußgeldgründen sei daher abzulehnen.

In den Anforderungen an den Inhalt - geeignet, durch Wettbewerbsbeschränkung die Marktverhältnisse zu beeinflussen - stimmen Vertrag und Beschluß überein. Beide regeln ein bestimmtes Marktverhalten der beteiligten Unternehmen und sind insoweit gleichwertig[5]. Vertrags- und Beschlußkartell unterscheiden[6] sich im wesentlichen nur durch die Art des Zustandekommens. Kartellbeschlüsse setzen im Gegensatz zu den Kartellverträgen die Existenz einer organisierten Personengruppe[7] voraus, die Gegenstand, Zuständigkeit und Art der Beschlußfassung regelt.

---

1) Zuvor hatte der BGH im gleichen Beschluß allerdings als Voraussetzung für das Vorliegen eines Kartellbeschlusses das Bestehen von Verpflichtungen der Verbandsmitglieder zu einem bestimmten Marktverhalten gefordert, a.a.O.S.349 oben
2) Tätigkeitsber.1960 in BT Drs.2734,3.Wp.,S.17
3) Besch.v.8./9.2. u.27./28.3.62 -"Freiwill.Ketten". in WuW/E BKartA 575 (576)/WuW 63,431(432)
4) in WRP 1962, 313 (316 f)
5) Baumb.-H., 8.Aufl., Anm.9 zu § 1
6) Lukes hält den Kartellbeschluß als eigenen Begriff für entbehrlich, vgl. S.273 ff, 278
7) vgl.Amtl.Begr.BT Drs.3462 (1.Wp.) Anm.2 zu § 1, S.24 ..."Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen"...

Während Verträge der Einigung aller Beteiligten über alle Punkte, über die eine Vereinbarung getroffen werden soll, bedürfen, können Beschlüsse auch dann für alle verbindlich sein, wenn sie nur von einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit gefaßt werden, sofern dies in den Statuten oder durch Vereinbarung bestimmt ist. Das Wesen des Vertrages liegt in der Einigung; bei einem Beschluß hingegen kann angesichts der Meinungsverschiedenheiten, die in einer beschließenden Versammlung auftauchen können und der damit verbundenen Überstimmung durch die Mehrheit von einem Zusammenstimmen der Willenserklärungen keine Rede sein.

2) Die gesellschaftliche Natur der Kartellbindung

Die sich in einem Kartell zusammenschließenden Unternehmer schaffen durch rechtsgeschäftlich wirksames Übereinkommen gegenseitige Bindungen, die den Zweck haben, ein gemeinschaftliches Ziel durch Zusammenwirken zu erreichen. Eine allen Kartellen gemeinsame und besonders für sie zugeschnittene rechtliche Gemeinschaftsform gibt es nicht. Da aber die Mitglieder eines Kartells ein gemeinsames Ziel anstreben, dessen Erreichung die begründeten Verpflichtungen dienen sollen, hat die Rechtsform eines solchen Zusammenschlusses Gesellschaftscharakter[1]. Entsprechend hat auch der Gesetzgeber bei der Formulierung "zu einem gemeinsamen Zweck" an § 705 BGB angeknüpft[2]. Die Willenseinigung der an einem Kartellvertrag Beteiligten wird also durch die gesellschaftsrecht-

1) Müller-H. in Gem.Kom.Anm.12 zu § 1; Langen, Anm.II4 zu § 1; Müller-Gries, Anm.16 zu § 1; Rasch, Anm.6 zu § 1

2) Amtl.Begr.BT Drs.3462, 1.Wp.,Anm.1 zu § 1, S.24. A.A. ist L u k e s. Ein zu einem gemeinsamen Zweck geschlossener Vertrag sei weder notwendig ein Verpflichtungs- noch ein Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsbegriff des BGB verlange nicht lediglich eine gemeinsame Zweckverfolgung, sondern daneben die Verpflichtung, die Zweckerreichung insb. durch Beiträge zu fördern (vgl.Kartellvertrag S.126, 127)

liche Bindung verstärkt. In der Praxis erscheinen die Kartelle hauptsächlich als Gesellschaften des BGB, nicht rechtsfähige oder rechtsfähige Vereine, als Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften oder Aktiengesellschaften. Welche Rechtsform gewählt wird, ist unerheblich[1].

Als Gegenstand des gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB bezeichnet F i k e n t s c h e r[2] alle wirtschaftlichen Interessen, die in der unternehmerischen Planung eine Rolle spielen, sofern sie von mehreren angestrebt werden können. Nach F u n k e[3] und dem F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r[4] umfaßt der gemeinsame Zweck die Wettbewerbsbeschränkung. Begründend führt Funke dazu aus, die Beiträge i.S. des § 705 BGB brauchten keine Sachleistungen zu sein, sondern könnten auch in einem Unterlassen bestehen. Die Mitglieder eines Kartells seien zur Unterlassung bestimmter Wettbewerbshandlungen verpflichtet. M ü l l e r - G r i e s[5] sieht den im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses angestrebten gemeinsamen Zweck regelmäßig darauf gerichtet, den Ertrag zu erhalten, zu erhöhen oder seinen Zerfall abzuschwächen. Der B u n d e s g e r i c h t s h o f hebt nur hervor, daß der gemeinsame Zweck nicht auf die Beeinflussung der

---

1) Amtl.Begr.BT Drs.3644 Anm.5 zu § 1, S.25
2) Anm.zum BGH a.a.O.WuW/E BGH 365 (366,367)/ WuW 1960, 343 (344,345).Als Beispiele nennt Fikentscher die Erzielung gemeinsamen Gewinns, Beschränkung von Risiken, Befreiung vom Druck des Wettbewerbs, Verwertung von Produktionsmitteln, Rohstoffen und gewerblichen Schutzrechten.
3) S. 28, 29
4) TZ 8 zu § 1; ebensowohl auch Müller-H. in Gem. Kom.Vorbem. 1 zu § 1, der das Kartell i.S.des § 1 GWB als "Vereinbarung.... zur Beschränkung des Wettbewerbs...." definiert.A.A.Kartte in WuW 1963,565 (571); Benkendorff in WRP 1962, 313 (318)
5) Anm.16 zu § 1; vgl. auch Anm.21 zu § 1: "... Zweck ... auf eine Beschränkung des Wettbewerbs... gerichtet".

Marktverhältnisse gerichtet zu sein brauche. Es genüge vielmehr, daß zu e i n e m[1] gemeinsamen Zweck die Eignung des Vertrages hinzutrete, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen[2].

Wenn auch die Vertragspartner eines Kartellvertrages, die sich Erfolg auf dem Markt erhoffen, oftmals gerade mit dem Ziel, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen und dadurch den Markt zu beeinflussen, sich zusammenschließen werden, so ist im Ergebnis dem BGH[3] darin zuzustimmen, daß nach Sinn und Wortlaut des § 1 GWB der die Parteien verbindende gemeinsame Zweck diese beiden Tatbestandsmerkmale nicht zu umfassen braucht. Auch die Amtliche Begründung[4] führt in diesem Zusammenhang aus, es sei möglich, daß ein Zusammenschluß mehrerer Unternehmer, der satzungsmäßig keine Kartellzwecke verfolge, dennoch einen Kartellbeschluß i.S. des § 1 GWB fassen könne. Diese Auslegung entspricht dem Sinn der Vorschrift, die generell schädliche Auswirkungen von Verträgen auf dem Markt verhindern und daher nicht an bestimmte durch einen entsprechenden Zweck gekennzeichnete Verträge gebunden sein soll. Die Formulierung in § 1 GWB "zu einem gemeinsamen Zweck" bringt die die Kartellvertragspartner verbindende wechselseitige Interessenverknüpfung zum Ausdruck. Die Unternehmer schließen sich zu einem beliebigen gemeinsamen Zweck zusammen, dessen Erreichung die gegenseitigen Verpflichtungen und Beiträge dienen sollen und der für die Abgrenzung des Kartellvertrages zu den Austausch- und Individualverträgen, deren Abwicklung allein durch subjek-

1) der gemeinsame Zweck kann also ein beliebiger sein

2) Urteil vom 26. Oktober 1959 - "Glasglühkörper"- in WuW/E BGH 359 (363)/ WuW 1960, 295 (299)

3) a.a.O. unter 3

4) a.a.O. Anm.2 zu § 1, S.24

tive Einzelinteressen der Parteien bestimmt wird, entscheidend ist. Solche, durch Austauschbeziehungen gekennzeichnete Verträge werden, soweit sie unerwünschte Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, unter der Überschrift "Sonstige Verträge" von den §§ 15 ff GWB erfaßt.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung des § 1 GWB der Rechtsprechung des RG und des Kart.G zu § 1 KartVO von 1923 angeschlossen, die als wesentliches Merkmal eines Kartellvertrages ebenfalls ein Gesellschaftsverhältnis forderten[1]. Unter der Herrschaft der KartVO von 1923 wurde nun darüber gestritten, ob auch gesellschafts ä h n l i c h e Rechtsverhältnisse den Anforderungen des § 1 genügten[2]. Die Befürworter dieser Ansicht dachten dabei an Fälle des gemeinsamen Zusammenwirkens der Kartellbeteiligten zu einem gemeinsamen Zweck, ohne daß die Beteiligten irgendwie organisatorisch zusammengefaßt sind[3]. C a l l m a n n[4] hatte damals darauf hingewiesen, daß eine organisatorische Zusammenfassung für eine Gesellschaft i.S. der §§ 705 ff BGB zwar als möglich vorgesehen, aber nicht unbedingt notwendig sei. Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft unterscheide sich ja gerade durch das Fehlen einer solchen Organisation vom Verein. Rechtlich bestehe also zwischen einer Gesellschaft und einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis kein Unterschied. Auch im Rahmen des § 1 GWB wird teilweise noch die Verwendung des Begriffes eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses mit Hinweis auf die Ausführungen in der Amtlichen Begründung[5] für mög-

1) Quellenangaben bei Lukes, Kartellvertrag, S.71 Note 46
2) Lit.Angaben bei Lukes, Kartellvertrag, S.72,73 Noten 57, 61, 62
3) vgl. M.-H.in Gem.Kom.Vorbem.1 zu § 1, S.134
4) Anm.13 zu §§ 1-2, S.305
5) BT Drs.3462, Anm. 1 zu § 1, S.24

lich gehalten[1], um auch solche Rechtsverhältnisse aus Verträgen erfassen zu können, die zwar nicht einem gemeinsamen Zweck dienen, bei denen die Interessenverbindung der Beteiligten jedoch über das sonst bei Austauschverträgen übliche Maß hinausgeht.

3) Rechtliche Bindung der G E M A - Mitglieder

Die G E M A ist nach § 1 ihrer Satzung ein wirtschaftlicher Verein, dessen Rechtsfähigkeit gemäß § 22 BGB auf staatlicher Verleihung beruht. Der vereinsmäßige Zusammenschluß der Mitglieder erfolgt zu dem gemeinsamen Zweck der wirtschaftlichen Verwertung der von den Urhebern übertragenen "kleinen Rechte". Dieser Zweck ist in § 2 der Satzung niedergelegt.

Kooperative rechtliche Bindungen bestehen in erster Linie zwischen dem einzelnen Mitglied und dem Verein, bzw. dessen leitendem Organ, zwischen den Mitgliedern untereinander insofern, als sie Glieder einer Vereinsgemeinschaft sind[2]. Obwohl Rechte und Pflichten der Mitglieder also in Vereinsstatuten niedergelegt sind, ist diese durch Mitgliederbeschluß zustande gekommene Satzung dennoch ein "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck" i.S. des § 1 GWB. Der "gemeinsame Zweck" ist sowohl ein Merkmal der Bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, als auch des Vereins. Die in der Satzung niedergelegten Verpflichtungen der Mitglieder können mithin Gegenstand eines Kartellvertrages sein.

Jedes Mitglied, das der G E M A beitritt, schließt mit ihr einen Berechtigungsvertrag, in dem sämtliche gegenwärtigen und künftigen Rechte

1) Urt.KG Berlin vom 24. Februar 1959 in WuW 1960, 392; Urt.desOLG München vom 5.März 1959 in NJW 1959, 1687 (1688 r.Sp.);Fikentscher Anm. zum BGH a.a.O. in WuW/E BGH 366 / WuW 1960, 344; Ewald WuW 1956,253 (254);Langen § 1 II3b, S.61

2) vgl.Pal.-Danckelmann Vorbem.1 zu §21

mit der Maßgabe übertragen werden, daß die Übertragung der Aufführungsrechte für mindestens drei, die Übertragung der mechanischen Rechte für mindestens zehn Jahre erfolgt und sich diese Frist um den gleichen Zeitraum verlängert, falls der Vertrag nicht ein Jahr vor Ablauf gekündigt wird (§ 3, Abs.1 der Satzung). Neben der Übertragungspflicht werden in dem Vertrag noch bestimmte andere Pflichten, insbesondere zur Anerkennung der Satzung und des für alle geltenden Verteilungsplanes und die Verpflichtung, den Interessen des Vereins nicht entgegenzuhandeln (§ 6 des Berechtigungsvertrages), begründet. Die Klauseln des Berechtigungsvertrages sind im wesentlichen für alle Mitglieder gleich gestaltet. Er ist so abgefaßt, daß er den Interessen aller Mitglieder gerecht wird und zugleich eine ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung gewährleistet. Auch der Berechtigungsvertrag enthält somit Pflichten des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft - kooperative Bindungen - und ist daher geeignet, ein Vertrag i.S. des § 1 GWB zu sein.

Soweit schließlich Rechte und Pflichten der Mitglieder in Beschlüssen der Mitgliederversammlung festgelegt werden können, ergibt sich die Eignung dieser Abstimmungen, Kartellbeschlüsse zu sein, direkt aus § 1 GWB. Eine getrennte Beurteilung der Satzung und Beschlüsse ist deshalb möglich, weil beide keine unlösbare Einheit bilden und die Satzung, die die Mitglieder der GEMA unabhängig von späteren Beschlüssen vereinbart haben, für sich allein rechtlichen Bestand hat.

III) Die Wettbewerbsbeschränkung

Das Vorliegen eines Vertrages allein genügt für die Anwendung des § 1 GWB nicht. Es müssen zu diesem Vertrag, damit er zum Kartellvertrag wird, besondere Umstände hinzutreten, nämlich außer

dem gemeinsamen Zweck die Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung.

Den Begriff Wettbewerbsbeschränkung hat der Gesetzgeber durch Aufnahme in den Titel des Gesetzes bereits "in den Mittelpunkt des rechtlichen Interesses" gerückt[1]. Umso bemerkenswerter ist es, daß der Gesetzgeber auf eine Definition des Begriffs "Wettbewerb" verzichtet hat[2]. Dazu hat der Abgeordnete H e l l w i g in seinem Generalbericht[3] ausgeführt, eine Legaldefinition dieses Begriffes als Schutzobjekt des Gesetzes sei nicht möglich und daher im Gesetz auch gar nicht versucht worden. Der Gesetzgeber hat es also wiederum der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen, den Begriff durch Rückbeziehung auf den Sinn und Zweck des Gesetzes zu interpretieren.

1) Der Wettbewerbsbegriff

a) Funktion

Bei dem Eintausch von Gütern und Leistungen trifft der Unternehmer auf dem Markt meist auf andere, die das gleiche Ziel des in der Regel "gewinngerichteten Leistungsaustausches"[4] verfolgen, mithin bemüht sein werden, das Geschäft an seiner Stelle vorzunehmen. Hier setzt der Wettbewerb ein, dessen wesentlicher Inhalt das

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.52
2) Fikentscher erachtet eine gesetzliche Festlegung nicht als notwendig. Es solle jedoch in die offizielle Begr. aufgenommen werden, was sich der Gesetzgeber heute unter Wettbewerb vorstelle, vgl. ZHR 117,1 (16)
3) schriftl. Bericht des Ausschußes für Wirtschaftspolitik des BT zu BT Drs.3644, 2.Wp., S.13; in dem Bericht des Abgeordneten Kurlbaum (a.a.O.S.15) heißt es, der Ausschuß sei davon ausgegangen, daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung verstanden werden müsse, die darauf gerichtet sei, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen.
4) Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (462)

Bestreben ist, "ins Geschäft zu kommen" und "im Geschäft zu bleiben". In diesem Sinne verstanden ist der Wettbewerb eine Form der einzelwirtschaftlichen Initiative[1] oder der Unternehmertätigkeit. Er setzt voraus, daß mindestens zwei Wirtschaftssubjekte der gleichen Marktseite vorhanden sind, deren Interessenbereiche sich irgendwie überschneiden. Beide versuchen mit den ihnen zur Verfügung stehenden Wettbewerbsmitteln[2], unabhängig voneinander ein Ziel zu erreichen, das nur für einen von ihnen erreichbar ist. Die Marktteilnehmer werden also durch den Wettbewerb in ein wechselseitiges Verhältnis des Sich-Vergleichens und Sich-Messens gebracht, wobei das Bestreben des Einzelnen dahin geht, unter möglichst vorteilhafter Verwendung seines Kapitals und seiner Arbeitskraft seinen Mitbewerbern voraus zu sein.

Seinem Wesen nach ist der wirtschaftliche Wettbewerb jedoch keineswegs gleichzusetzen mit Konflikt, einem Kampf ums Dasein, obwohl verschiedentlich mit dem Begriff des Wettbewerbs die Vorstellung von einem Kampf um Kunden oder Lieferanten verbunden wird[3]. Der Wettbewerb hat lediglich die Tendenz, Konflikt zu werden[4], wenn sich die nebeneinander tätigen Wettbewerber gegeneinander kehren und die direkte Schädigung des Partners erstreben. Je mehr sich die Interessenbereiche der gleichgerichteten Marktteilnehmer decken und je heftiger sich der Interessenkonflikt zwischen ihnen im Hinblick auf gegenüberstehende Marktpartner entwickelt, umso heftiger wird der Wettbewerb. "Durch die Rivalität oder unter dem Drucke der relativen Knappheit des von

1) Ottel in WuW 1953,67 (68)
2) z.B. Preis, Menge, Qualität, Konditionen, Rabatte, Service, Werbung
3) vgl. hierzu Fikentscher in WuW 1961, 788 (794 unter b) mit weiteren Hinweisen in Fußnote 29
4) Benisch in WuW 1956,480 (483);Günther in MA 1957, 35; Frankf.Kom.TZ 23 zu § 1

einer Mehrzahl von Menschen erstrebten Erfolges kann der Gegensatz zum Kampf werden"[1]. In einem solchen Falle äußert sich der Wettbewerb dann darin, daß ein Nachteil des anderen als Zuwachs an eigenem Vorteil aufgefaßt wird[2].

Ein Vorteilsstreben[3] ist mit dem Begriff des Wettbewerbs nicht in jedem Falle verbunden. Auch ein freundschafts- oder gefälligkeitshalber abgeschlossenes Geschäft kann wettbewerbsrechtlich von Bedeutung sein und die Beziehungen der Wettbewerber zueinander verändern.

b) Begriffsbestimmungen

Zahlreiche Versuche einer Definition des "Wettbewerbs" sind inzwischen in der wissenschaftlichen Diskussion angestellt und erörtert worden, ohne daß sich bisher eine herrschende Meinung erkennen ließe. Einigkeit besteht im wesentlichen nur darüber, daß der Wettbewerb sich in einem Streben bzw. einem Handeln der Marktteilnehmer äußert. Dieses Verhalten der Marktbeteiligten wird in den verschiedenen Begriffsbestimmungen durch eine Reihe weiterer Merkmale präzisiert.

Die Hoffnung, daß das in der langjährigen und intensiven Rechtspraxis des § 1 UWG erarbeitete Verständnis des Wettbewerbsbegriffs auch dem § 1 GWB zugute kommen werde, hat sich nicht erfüllt. Die rechtspolitische Blickrichtung beider Gesetze ist zu verschieden.[4] Während das Kar-

1) Ottel in Isay-Festschrift 71 (83)
2) vgl. dazu Knöpfle in WuW 1962, 159 (162)
3) § 98 Abs.1 GWB stellt auch die "gemeinnützigen Unternehmen" unter die Regelung des Gesetzes; vgl.Nöll von der Nahmer in WuW 1961,3 (5)
4) A.A. Fikentscher (in WuW 1961, 788/795) unter Hinweis darauf, daß in beiden Gesetzen der Wettbewerb gemeint sei, mit dem ein Mitbewerber beeinflußt werden könne; vgl. auch die bei Fikentscher a.a.O.S.789 in Fußnote 3 genannten Autoren.

tellrecht im Interesse einer optimalen Versorgung der Allgemeinheit mit wirtschaftlichen Gütern den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft und / oder als Individualrecht[1] bezweckt, bekämpft das Wettbewerbsrecht innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden von seiten hemmungsloser Konkurrenten[2]. Der Begriff "Wettbewerb" wird auch im Gegensatz zum Begriff des "unlauteren Wettbewerbs" als wertungsfreier Begriff angesehen.

Die Amtliche Begründung zu § 1 GWB sieht als Wettbewerb das Streben an, "durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen"[3]. Der Bundesgerichtshof definiert den Wettbewerb als "das Bestreben des am wirtschaftlichen Leben Teilnehmenden, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren"[4]. Westermann bezeichnet Wettbewerb als das Streben eines Wirtschaftssubjektes, "an Stelle gleichgerichteter Unternehmen zum Vertragsschluß mit den möglichen Partnern zu kommen"[5]. Benisch hat die von Westermann verwendete Wettbewerbsdefinition als mit dem Gesetzeszweck unverein-

---

1) vgl. Seite 43 der Arbeit
2) Amtl.Begr. BT Drs.3462, 1.Wp., Anm.3 d zu § 1, S.25; zu diesem Fragenkreis vgl. statt vieler Müller-H. in Gem.Kom.Anm.22 zu § 1
3) BT Drs.3462, 1.Wp., Anm.3d zu § 1, S.25. Ebenso: BKA, Jahresbericht 1958 in BT Drs.1000, 3.Wp., S.7; Müller-Gries Anm.16 zu § 1 und Ewald in WuW 1956, 253 (256)
4) Entsch.v.8.Mai 1952 in WuW 1952,855; entspr. Lindenmeier in WuW 1953,259 und Meyer-Cording Monopol und Marktbeherrschung S.34; vgl.auch Kurlbaum, Bericht des WPA zu BT Drs.3644, 2.Wp., S.15 u.Rasch Anm. 1 zu § 1
5) Einkaufszusammenschlüsse,S.12;ähnlich Günther in MA 1957,35

bare Einengung des Sinngehaltes des § 1 GWB aufgegriffen und Wettbewerb als Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Unternehmen umschrieben[1]. B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r bestimmen den wirtschaftlichen Wettbewerb als "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen"[2]. Neuerdings hat F i k e n t s c h e r[3] einschränkend darauf hingewiesen, das Merkmal des Inaussichtstellens möglichst günstiger Geschäftsbedingungen sei relativ aufzufassen, so daß besser formuliert werden müsse "...durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen". Über ein bloßes Streben nach Geschäftsbedingungen hinaus verlangt der F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r[4] ein aktives Tätigwerden. Die Willensrichtung ("Bestreben") allein genüge nicht. Sie sei wirtschaftlich erst erheblich, wenn von ihr Wirkungen ausgingen. Dem hat Fikentscher[5] entgegengehalten, Streben und Betätigung seien in diesem Zusammenhang als gleich bedeutend zu erachten. Jedoch dürfe man ein lediglich aktives Tätigwerden auf dem Markt nicht verlangen, weil sonst der mögliche Wettbewerber nicht als ein Mitbewerber i.S. des § 1 GWB aufgefaßt werden könne. M e y e r - C o r d i n g[6] versteht unter "wirtschaftlichem Wettbewerb ein Verhalten, bestätigt durch Handlungen (oder Unterlassungen), mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, um ihren auf Gewinn gerichteten Leistungs-

1) in WuW 1956, 480 (482,483)
2) S.15; vgl. auch Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.47; dem hat sich Brugger angeschlossen, WuW 1959, 467 (474,477)
3) in WuW 1961, 788 (798)
4) Tz 20 zu § 1
5) in WuW 1961, 788 (791)
6) in WuW 1962, 461 (462)

austausch zu fördern". S c h m i t z will ganz allgemein unter Wettbewerb "alle einzel- und gesamtwirtschaftlich rationalen Handlungen und Verhaltensweisen verstanden wissen, mit denen Anbieter und Nachfrager sich am wirtschaftlichen Prozeß beteiligen"[1]. K n ö p f l e[2] geht nicht von einem Verhalten oder Streben der Marktteilnehmer aus. Er stellt lediglich auf den Wettbewerbsdruck ab. Für einen Wettbewerb sei bezeichnend, daß er "bestehe" oder "herrsche", nicht aber, daß er "geführt werde". Entsprechend sieht er im Wettbewerb "die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von einem Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können". Auch B e h r e n s faßt den Wettbewerb im Gegensatz zu den anderen Definitionen nicht als Handeln, sondern als Spannungszustand auf, welcher zwischen mehreren möglichen Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen existent ist[3]. N e u m a n n schließlich stellt negativ fest, es könne in bestimmten Fällen aus irgendwelchen Gründen ein Wettbewerb überhaupt nicht vorliegen, deshalb komme auch eine Beschränkung nicht in Frage. In vielen Fällen aber, in denen die Möglichkeit eines Wettbewerbs nicht von vornherein verneint werden könne, komme es dann nicht mehr darauf an, die Besonderheiten dieses Wettbewerbs zu erforschen. Vielmehr sei es nur noch bedeutsam, danach zu fragen, ob der Wettbewerb beschränkt worden sei oder nicht[4].

---

1) in NJW 1957,1704 (1706) und in NJW 1961, 2089 (2093)
2) in WuW 1962, 159 (170 ff, 174)
3) in NJW 1958, 481 (482 unter 3). Dazu weist Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (465) darauf hin, der Spannungszustand sei selbst nicht Wettbewerb, sondern nur dessen Folgeerscheinung.
4) WuW 1957,562 ff. Dem hat sich Langen (§ 1 III 1, S.67) angeschlossen

Ziel des Wettbewerbs ist also nach allen Definitionen Erfolg auf dem Markt und damit verbundener höherer Gewinn. Für jeden Mitbewerber kommt es darauf an, "einen möglichst hohen Anteil der potentiell auf dem Markt bestehenden Geschäftsmöglichkeiten an sich zu ziehen"[1]. Der Wettbewerb als das Ergebnis einer persönlichen Haltung in einer sich ständig entwickelnden und verändernden Situation entzieht sich einer Festlegung, die alles Denkbare im voraus erfassen und regeln möchte[2]. Er ist einmal als Voraussetzung für die Bildung eines echten Marktpreises bedeutsam und führt andererseits, wie jeder Wettkampf, zur Auslese der besseren wirtschaftlichen Leistung.

c) Leistungswettbewerb und vollkommene Konkurrenz

Der Wettbewerb veranlaßt die Marktteilnehmer zum fortgesetzten Leistungsvergleich mit ihren Konkurrenten. Nur durch überlegene Leistung können Kunden der Konkurrenten gewonnen und dadurch der eigene Marktanteil vergrößert werden. Der Wettbewerb zwingt die Marktbeteiligten also, billiger, besser, schneller oder auf eine neue Weise Leistungen zu erbringen, um an Stelle der Mitbewerber zum Geschäftsabschluß zu kommen. Wenn die Amtliche Begründung zu § 1 GWB[3] auf Qualität und Preiswürdigkeit der Leistungen abstellt, so wird damit der Leistungswettbewerb als die ideale Form der Konkurrenz gefordert[4]. Er umfaßt aber nur solche Wettbewerbshandlungen, die in der Ausdehnung des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der

1) Giese-v.Brunn, S.36
2) vgl. Müller-Beilschmidt in MA 1958, 657 (658)
3) BT Drs.3462, 1.Wp., Anm.3d zu § 1, S.25
4) vgl. Biedenkopf-Callmann-Deringer S.13

echten eigenen Leistung bestehen[1]. Dasjenige Angebot, bzw. dasjenige Unternehmen, setzt sich gegenüber den Mitbewerbern auf dem Markt durch, welches höchste Qualität zu möglichst günstigen Preisen anbietet[2]. Der Einzelne erstrebt nach Möglichkeit die Vervollkommnung der eigenen Leistung und schenkt dem Mitbewerber nur Beachtung, um aus dem Vergleich der beiden Leistungen Ansporn zu gewinnen.

Ein Marktteilnehmer ist aber nur dann gezwungen, sich dauernd innerhalb der Grenzen des Leistungswettbewerbs zu bewegen, wenn er viele Konkurrenten zur Versorgung des gleichen Kundenkreises neben sich hat. Denn bei geringer Anzahl von Konkurrenten wäre die andere Marktseite ohnehin gezwungen, ihren Bedarf bei ihm zu decken. Die Amtliche Begründung führt in diesem Zusammenhang aus: "Die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Seiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist"[3].und wiederholt damit die herkömmliche Definition der Marktform der vollkommenen Konkurrenz. Allgemeine Machtlosigkeit[4] im Hinblick auf marktstrategische Maßnahmen und damit Zwang zum Leistungswettbewerb herrscht also nur bei vollkommener Konkurrenz. Wollte es hier etwa jemand unternehmen, die Preise

---

1) vgl.Nipperdey in DRZ 1950,193 (196 unter IV). Als Gegensatz zum Leistungswettbewerb sieht N. den Behinderungswettbewerb, bei dem der Wettbewerber ohne Steigerung der Eigenleistung nur den Zweck verfolgt, den Konkurrenten in seiner Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen, um sich dadurch freie Bahn für künftige eigene Absatztätigkeit zu schaffen.

2) Nach Ansicht des BKA (vgl.den Beschl.v.7.3.1960 - "Fensterglas" - in WuW/E B KartA 188 (190)/ WuW 1960,574 (576)) ist unter Leistungswettbewerb der Wettbewerb durch eine solche Gestaltung des Erzeugnisses zu verstehen, die seinen Gebrauchswert erhöht, so daß er von den Abnehmern vor anderen Erzeugnissen bevorzugt wird und damit die Wettbewerbschance des Anbieters erhöht.

3) a.a.O.,S.16 unter V

4) Bieling S.10;Böhm in WuW 1956,173 (179);Brugger in UFITA Bd.27,(1959 I), 189 (199)

zu diktieren, so würde die Nachfrage sofort auf andere Angebote abwandern.

Das Modell der vollständigen Konkurrenz kann, auch nach der Amtlichen Begründung, nur als Leitbild angesehen werden[1]. Oft schließt schon die Struktur eines bestimmten Marktes vollkommene Konkurrenz aus. Die Wirklichkeit bleibt darum, was die Vollkommenheit der Steuerwirkung des Wettbewerbs anbetrifft, immer hinter dem theoretischen Modell zurück. Es ist nicht zu verwirklichen, sondern wird nur konstruiert, "um gewissermaßen chemisch rein zu zeigen, was ein Konkurrenzmarkt zu bieten vermag"[2].

Handelt es sich bei der vollkommenen Konkurrenz um eine so große Anzahl von Anbietern und Nachfragern, daß preisstrategische Maßnahmen einzelner Unternehmer wirkungslos bleiben, so verhält es sich bei der unvollkommenen Konkurrenz umgekehrt. Sie ist dann gegeben, wenn die Zahl der Marktteilnehmer auf einer der beiden Martseiten beschränkt ist. "Die fortschreitende Arbeitsteilung im gesellschaftlichen Produktionsprozeß hat dazu geführt, daß Märkte mit unvollständigem Wettbewerb heute die häufigere Erscheinung sind"[3]. Auf Grund der geringen Anzahl der Marktpartner kennt jeder den anderen bzw. einen Teil der anderen Konkurrenten, und im Gegensatz zur vollkommenen Konkurrenz empfindet er diese auch als Konkurrenten und stellt sich auf sie ein, indem er seinen Einfluß auf den Marktpreis einkalkuliert, also Marktstrategie betreibt. Mit der Verringerung der Anzahl der Wettbewerber wird jeder

1) a.a.O. Die Begr.unterscheidet deutlich zwischen dem wirtschaftstheoretischen Modell der Marktform und dem Wettbewerb als Verhaltensweise des einzelnen Unternehmers.Vgl.auch Hellwig im Schriftl.Ber. des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des BT zu BT Drs.3644, 2.Wp., S.13
2) Günther in GRUR 1958,575 (580) und MA 1957,35 (36);vgl.auch Müller-Beilschmidt in MA 1958, 657 (658) und Isay, Studien, S.62
3) Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, S.40,41

Versuch, die Konkurrenten zur Einhaltung des Leistungsprinzips zu veranlassen, aussichtsloser.

In den USA hat die Erkenntnis, daß vollständiger Wettbewerb nur ein Denkmodell ist, zur Anerkennung eines "durchführbaren" oder "noch wirksamen" Wettbewerbs geführt (workable oder effective competition). Danach braucht die Zahl der Marktteilnehmer nicht unbedingt so groß zu sein, daß der Einzelne in der Anonymität des Marktes untergeht. Es genügt vielmehr, wenn die Marktverhältnisse den Marktteilnehmern ein Ausweichen auf andere Geschäftspartner gestatten[1]. Für den Geltungsbereich des GWB kennzeichnet H a y e k[2] das erstrebenswerte Ziel folgendermaßen: "Es handelt sich gar nicht darum, auf allen Märkten tatsächlich die Konkurrenz in Gang zu halten. Was wir wollen, ist nicht universelle Konkurrenz, sondern universelle Möglichkeit der Konkurrenz".

2) Besteht zwischen Urhebern Wettbewerb?

Können nun diese für die gewerbliche Wirtschaft entwickelten Grundsätze zum wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriff auch auf dem Gebiet urheberrechtlichen Schaffens mit den daraus unter Umständen resultierenden Folgen aus § 1 GWB Anwendung finden?

Von vornherein kann hier festgestellt werden, daß ein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Urhebergruppen - Textdichter und Komponisten - nicht bestehen kann. Die Tätigkeitsbereiche dieser beiden Berufssparten sind zu verschieden, die Interessenbereiche überschneiden sich also nicht[3].

Da aber die Unternehmereigenschaft der Verleger bei der kartellrechtlichen Beurteilung der

1) vgl. Fikentscher in ZHR 117,1 (15); Meyer-Cording, Monopol- u. Marktbeherrschung S.22
2) in Ordo VI, S.3 (12)
3) vgl. dazu auch Wawretzko a.a.O., S.300

G E M A außer Betracht zu bleiben hat[1], kann sich die Untersuchung darauf beschränken, die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der beiden Urhebergruppen zu prüfen[2].

Der Wettbewerb ist grundsätzlich sowohl der Wirtschaft als auch dem Kulturleben immanent. Er ist Ausfluß des Existenzkampfes einerseits und beinhaltet andererseits das Streben nach kulturellem Fortschritt. Fast jede Leistung, die der Mensch erbringt und die für Kultur und Wirtschaft im weitesten Sinne tauglich sein soll, ist daher eine immanente Wettbewerbsleistung.

Betrachtet man vom Gesichtspunkt der wettbewerblichen Eignung im besonderen die Objekte des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, so erkennt man, daß sie eine spezielle Eignung für den Wettbewerb in sich tragen, weil hier eine geistig-schöpferische, als höchst qualifizierte Arbeitsleistung auf die Schaffung neuer, eigenartiger Produkte gerichtet ist.

Muster und Modelle beispielsweise, die in ihrer Ausgestaltung als Vorbilder für die Herstellung von Erzeugnissen dienen und auf den Geschmackssinn der Menschen einwirken, haben schon durch ihre Eignung, dem Publikum Hinweise auf bestimmte Herstellungsstätten zu geben, eine besondere wettbewerbliche Funktion. Die Bedeutung des Warenzeichens liegt in der Erkenntlichmachung der betreffenden Ware, wodurch das Renommée des Unternehmens produktiv gestaltet und seine Stellung im Wettbewerb gestärkt wird. Ein Patent schließlich soll dem Erfinder ein Monopol an seiner Schöpfung sichern, womit ihm eine bevorzugte Stellung im Wettbewerb verliehen wird. In all die-

1) vgl. S.57 der Arbeit
2) Die Verhältnisse bei den Komponisten und Textdichtern sind dabei weitgehend gleich.

sen Fällen handelt es sich um unmittelbar wirtschaftlichen Wettbewerb.

a) Geistig-ideelle und materiell-wirtschaftliche Seite des Urheberschaffens

Demgegenüber wird der Begriff Wettbewerb auf dem Gebiete des geistig-künstlerischen Schaffens in der Regel in einem ganz anderen Sinne gebraucht. Während sich mit der wirtschaftlichen Konkurrenz die Vorstellung von Marktteilnehmern verbindet, die das Ziel eines gewinngerichteten Leistungsaustausches verfolgen, konzentriert sich der Wettbewerb der Urheber in erster Linie auf die geistige Leistung, er spielt sich gleichsam auf höherer Ebene ab. Das Streben des einzelnen Urhebers geht dabei dahin, eine neue künstlerische Leistung zu schaffen und durch sein Geisteswerk andere Urheber zu übertreffen, um so zu Ruhm und Ansehen zu gelangen. Dieser dem Wesen geistigen Schaffens in erster Linie gerecht werdende "edle Wettstreit" hat mit dem Wettbewerb, wie er in § 1 GWB geregelt ist, nichts gemein. Vereinbarungen wären insoweit kartellrechtlich irrelevant. Zu einem entsprechenden Ergebnis gelangen auch M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t, wenn sie zu der Feststellung kommen, bei dem zwischen den Urhebern bestehenden Wettbewerb gehe es nicht um Geschäftsbeziehungen oder die Inaussichtstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen, sondern um die Erbringung der wertvollsten Leistung, um die Mehrung des Rufs und Ansehens[1].

Diese Feststellung und die Tatsache, daß sich Urheber in der Tat im Regelfalle nicht als Wettbewerber, die sich aktiv betätigen und nach Geschäftsbeziehungen mit Kunden streben, behandeln lassen wollen, weil dadurch die ideelle Seite der

1) UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (279)

Urheberpersönlichkeit gedemütigt und erniedrigt werde[1], entbehrt indess nicht eines gewissen Widerspruchs, mußten doch die Urheber lange Zeit um die Zuerkennung ihres geistigen Eigentums und der aus ihm resultierenden vermögensrechtlichen Befugnisse kämpfen, ehe ihnen die ausschließlichen Verwertungsrechte im LUG gesetzlich zugestanden wurden. Wollte man nunmehr völlig außer Betracht lassen, daß der zwischen den Autoren bestehende "edle Wettstreit" eine berechtigte materiell-wirtschaftliche Nutzung nach sich zieht, so wäre dies eine Negierung des durch den Gesetzgeber sanktionierten vermögensrechtlichen Charakters der Schutzrechte und des durch § 11 LUG auch in den urheberrechtlichen Bereich aufgenommenen wirtschaftlichen Prinzips.

Man mag den Schaffensdrang eines Urhebers hoch einschätzen und in ihm ein erstrebenswertes Ideal sehen, die materielle Entlohnung dagegen in den Hintergrund rücken; im Hinblick auf die berechtigten vermögensrechtlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk muß dieser Drang mit all seinen Folgeerscheinungen trotzdem als allgemein menschliche Wettbewerbshandlung nicht nur im Geistes-, sondern auch im Daseins- und Wirtschaftskampf nach den Regeln der sozialen Wettbewerbsordnung bewertet werden. Die Absicht eines Urhebers, sich durch eine geistige Leistung hervorzutun, wird zwar das ideelle Moment des Wettbewerbs stärken; von wirtschaftlichen Wettbewerbsmomenten wird sich ein veröffentlichtes Geisteswerk dennoch nie ganz lösen können, was schon in der verstärkten Nachfrage eines sachverständigen Publikums zum Ausdruck kommt. Nur in den seltensten Fällen - und das sind die der wirtschaftlichen Unabhängigkeit - wird sich der Wettbewerb a l l e i n auf die geistige Leistung konzen-

1) vgl. die Ausführungen bei Süss in GN Nr.30 (August 1956), 6 (10)

trieren, werden sich die Urheber n u r aus ideelen Gründen um die Anerkennung ihrer Werke bemühen. Wirtschaftliche Wettbewerbsmomente werden in diesen Fällen aber auch nur dann außer Betracht zu bleiben haben, wenn der betreffende wirtschaftlich völlig unabhängige Autor von einer Veröffentlichung des Werkes absieht und auf diese Weise mit seinem Werk auf dem Musikmarkt gar nicht in Erscheinung tritt.

Solche Fälle dürften jedoch die Ausnahme bilden. Denn die Zeiten der Mäzene, in denen es in dem erwähnten Sinne nur um die Schaffung von Geisteswerken ging und dem Bedürfnis des Urhebers, aus der Verwertung seines Geisteswerkes Gewinn zu ziehen, nur eine ganz untergeordnete Bedeutung zukam, sind vorbei. Notgedrungen verbindet sich daher in der heutigen Zeit mit der Absicht der Urheber, sich durch besondere Leistungen hervorzutun im Regelfalle das materielle Ziel produktiven Schaffens zum Zwecke der Erlangung wirtschaftlicher Güter. Im System der freien Marktwirtschaft ist das Bedürfnis der wirtschaftlichen Sicherung des Einzelnen in den Vordergrund gerückt. Die Urheber tragen das volle Risiko ihres Berufs, sie sind also gezwungen durch Ausnutzung der ihnen in § 11 LUG gewährten Befugnisse von den Erträgnissen ihrer geistigen Arbeit zu leben und ihre Familien zu ernähren. Die Verwertung ihrer Geisteswerke ist für die Urheber eine Lebensnotwendigkeit geworden.

Unter dieser Sicht kann das Streben des Urhebers bei der Verwertung seiner Werke nach Vertragschlüssen zum Zwecke seiner materiellen Sicherung nicht geleugnet werden. Seine Verneinung wäre eine Verkennung des wirtschaftlichen Prinzips im urheberrechtlichen Bereich, das sich aus dem Vermögenswert der Geisteswerke und der Notwendigkeit ihrer wirtschaftlichen Verwertung in Form der Ver-

gabe von Aufführungslizenzen zwangsläufig ergibt.

Der Wert des einzelnen Tonkunstwerkes wird auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte wie der anderer wirtschaftlicher Güter durch das Gesetz von Angebot und Nachfrage bestimmt. Dabei ist mit der "Mehrung des Rufs und Ansehens" eine Steigerung der Einkünfte automatisch verbunden, gleichgültig, ob nun beim Urheber materielle oder ideelle Gründe überwogen oder sich die Waage hielten. M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[1], die die durch Ruf und Ansehen bedingten höheren Einkünfte nur als mittelbare Folge, nicht aber als Ziel urheberrechtlichen Schaffens ansehen wollen, verkennen m.E. die geschilderte wirtschaftliche Stellung der Urheber und die insoweit ausschlaggebende Bedeutung der diesen in § 11 LUG eingeräumten Verwertungsbefugnisse, in denen die wirtschaftliche Seite des Urheberschaffens ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Im übrigen kommt es in diesem Zusammenhang auf das Ziel urheberrechtlichen Schaffens letztlich gar nicht an, wenn nur neben anderen Zielen auch Zwecke des wirtschaftlichen Wettbewerbs verfolgt werden[2]. Diese Voraussetzung ist aber in vollem Umfange erfüllt, denn der einzelne Urheber will und muß sich und seine Familie ernähren, er muß also einigermaßen erfolgreich und infolgedessen auch aus materiellen Gründen bestrebt sein, bessere Leistungen zu erbringen als andere, um so möglichst viel aus der Gesamtheit des "Auftragsvolumens" an sich zu ziehen.

Indem der einzelne Urheber mit den Musikverbrauchern geschäftliche Beziehungen aufnimmt, begibt er sich in ein wirtschaftliches Wettbewerbsverhältnis mit anderen Urhebern, die ebenfalls Be-

1) in UFITA Bd. 29 (1959/III), 269 (279)
2) vgl. Benkendorff in WuW 1956, 20 (28) und Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht S. 512 mit weiteren Hinweisen

Benutzungsrechte an ihren Werken im Geschäftsverkehr zu möglichst günstigen Bedingungen vergeben wollen[1], die also gleiche wirtschaftliche Ziele anstreben, nämlich möglichst viele Abnehmer. Das Werk wird in eine wirtschaftliche Ordnung gebracht, in der es sich wettbewerbs-kampfmäßig um seine Anerkennung als Geistesgut bemühen muß. Die verschiedenen geistigen Leistungen messen sich im Wettbewerb und steigern sich gegenseitig. Dabei umfaßt das "Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" auch die Erbringung der wertvollsten Leistung. In diesem Punkte widersprechen sich M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[2], wenn sie die Ansicht vertreten, ein Wettbewerb zwischen den Urhebern beziehe sich n i c h t auf das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen, sondern n u r auf die Erbringung der wertvollsten Leistung.

Standesvorschriften, die einen Wettbewerb zwischen den Autoren ausschließen oder beschränken könnten, bestehen nicht[3]. Die Urheberrechte verleihen dem Urheber ausschließliche Rechte am Geisteswerk, mittels derer in negativer Hinsicht die Möglichkeit gegeben ist, Dritte von jeder gewerblich-wettbewerblichen Nutzung auszuschließen und in positiver Hinsicht die Nutzung in vollem Umfang selbst vorzunehmen. Es wird dem Urheber damit gleichsam ein Monopol an der Verwertung seines Arbeitsproduktes gesichert, so daß er dauernd die privilegierte Stellung, die er im Wettbewerb mit seinem Geisteswerk erlangt hat, allein ausbeuten kann. Selbst wenn aber standesrechtliche Schranken bestünden, könnten sie den Wettbewerb nur einengen - indem sie etwa bestimmte Formen des Wettbewerbs regeln würden - nicht aber aufhe-

1) vgl. dazu auch Brugger in UFITA Bd.27 (1959/I), 189 (222)
2) a.a.O.
3) vgl. Wawretzko in UFITA Bd.31 (1960/II), 287 (298)

heben.

Schließlich spielt es auch für den wirtschaftlichen Wettbewerb keine Rolle, daß der weitaus überwiegende Teil der "Investitionen" bei den Autoren im Einsatz ihres "geistigen Kapitals" liegt. Entscheidend ist nur, daß der Urheber bei der wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes mit anderen Urhebern überhaupt in einem Wettbewerbsverhältnis steht.

b) Substitutionskonkurrenz

Bedenken könnten sich allerdings bei der Frage ergeben, ob das einzelne Tonkunstwerk - oder der Text - als ureigenste Schöpfung wegen seiner Individualität und Originalität[1] mit anderen überhaupt vergleichbar ist. Denn das schöpferische Schaffen läßt etwas entstehen, was zuvor nicht vorhanden war. Je größer die Schöpferkraft des Urhebers ist, umso weiter entfernt sich sein Werk von allem schon Gegebenen. Ist aber das neu geschaffene Werk deshalb nicht nur originell und neu in unpersönlicher Art, wie etwa eine Erfindung, sondern sogar einmalig wie sein Urheber, und ist ein Konkurrenzverhältnis im urheberrechtlichen Geschäftsverkehr aus diesem Grunde nicht möglich?

Für die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften genügt die sogenannte Substitutionskonkurrenz[2]. Danach stehen alle diejenigen Markt-

1) Moser (in GN Nr. 53,Mai 1962, 21) spricht von persönlichkeitsgebundener Eigenheit

2) Baumbach-Hefermehl, 8.Aufl., Anm. 47 zu § 1; Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.45 zu § 1 (S.187) und Anm.22,28 zu § 22; Langen Anm.III 4 zu § 22; Müller-Gries Vorbem.2 zu §§ 20 f (S.140) und Anm.5 zu § 22; Rasch Anm.1 zu § 1; Frank.Kom. Tz 21 zu § 1; Westermann, Einkaufszusammenschlüsse S.12; Meyer-Cording, Monopol- u.Marktbeherrschung S.34; BKA, Tätigkeitsbericht 1958 in BT Drs.1000, 3.Wp., S.39 u.Beschlüsse v. 22.12.1960 in WuW/E BKartA 281(291)/WuW 1961, 121 (131)-"Fensterglas"- u. v.29.11.1961 in WuW/E BKartA 400(409)/WuW 1962, 206(215) -"Süddeutsche Zementwerke"-

partner in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander, die Leistungen gleicher oder verwandter Art in den Verkehr bringen. Verwandt sind Leistungen dann, wenn sie unbeschadet ihrer sonstigen Verschiedenheit dasselbe Verkehrsbedürfnis zu befriedigen geeignet sind, wenn ein gleicher oder ähnlicher Nutzwert vorhanden ist, wenn sie mithin einander beim Verbrauch vertreten und sich im Absatz gegenseitig beeinträchtigen können. Die zu vergleichenden Erzeugnisse müssen also nach ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage einander so nahe stehen, daß ein Interessent sie als gegeneinander austauschbar ansieht. Dabei ist auf die Verkehrsanschauung und die Gewohnheiten der Durchschnittsverbraucher abzustellen.

Unter dem Blickwinkel der Substitutionskonkurrenz wird man einen echten wirtschaftlichen Wettbewerb innerhalb der einzelnen Musiksparten (Oper, Operette, leichte Musik etc.; das gleiche gilt für Texte oder Kombinationen von Musikwerken und Text) sicher bejahen müssen[1]. In den meisten Fällen werden nämlich vom Publikum nicht nur bestimmte Stücke eines einzelnen Komponisten verlangt Der Hörer trifft seine Auswahl ausschließlich nach Eigenart und Gefälligkeit von Text und Melodie. Ihm gefallen bestimmte Geschmacksrichtungen und Stile. Er akzeptiert eine bestimmte Art der Musik, wobei - mit Ausnahmen - jedes Musikstück dieser Sparte seinen Bedürfnissen zu dienen geeignet ist. Damit treten aber alle Stücke dieser Richtung in Wettbewerb miteinander. Auch S c h u l z e[2] bestreitet nicht, daß beispielsweise auf dem "Schlagermarkt" lebhafter Wettbewerb zwischen den

---

1) ebenso Wawretzko a.a.O.,S.301 und Greuner S.48
2) in GN 34, S.3,4

einzelnen Autoren herrscht[1].

Nach dem Anklang einer Musik bei dem Publikum richtet sich die Häufigkeit ihrer Aufführung durch Veranstalter, die ja in der Regel die Abnehmer urheberrechtlicher Verwertungsrechte sind. Sie ziehen aus den Geistesschöpfungen dadurch Gewinn, daß sie ein Werk dem Publikum zugänglich machen. Sie benutzen die von den Urhebern geschaffenen Werke als Mittel zur Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit, indem sie Aufführungen (Konzerte) veranstalten, den Werkgenuß ausdrücklich neben anderen Leistungen anbieten (Tanz) oder die Musik bloß als zusätzliche Annehmlichkeit wirken lassen (Café, Bar).

Die Auswirkungen des Wettbewerbs zeigen sich in dem Augenblick, wo die Stücke eines Autors beim Publikum besonders begehrt sind, so daß sich der Absatz der anderen Autoren mindert, die Musikstücke anderer vom Markt verdrängt werden.

Aber nicht nur diejenigen Autoren, die Werke der gleichen Art verwerten, stehen in Konkurrenz miteinander. Wenn daher W a w r e t z k o[2] meint, "wer nur Opern hören wolle, weiche nicht auf Schlager aus" und "das Bedürfnis, Schlager zu hören, werde nicht ersetzt durch die Darbietung eines ernsten Konzertes", so kann ihm insoweit nicht gefolgt werden. Denn schon die Beispiele eines Kurkonzertes, eines öffentlichen Wunschkonzertes, der Musikdarbietungen in Caféhäusern und bei sogenannten "Bunten Abenden" zeigen, daß gerade hier die

---

1) Bei der Marktbildung kommt es nicht auf die Einmaligkeit der Urheberleistung, auf sein geistiges Monopol an, sondern auf die Durchschnittsmeinung der anderen Marktseite, die Musikstücke für auswechselbar hält, vgl.dazu Meyer-Cording, Monopol u.Marktbeherrschung, S.31. Die Substituierbarkeit bestimmt sich also nicht vom Standpunkt des Anbietenden, sondern von dem des Abnehmers aus.

2) a.a.O., S.300

Veranstalter, als die Käufer der Musik, den verschiedensten Interessen ihrer Hörer gerecht zu werden versuchen, indem sie ein möglichst reichhaltiges Programm anbieten, das von der Oper über die Operette und konzertante Musik zum Schlager reicht. Dem Veranstalter ist es persönlich gleichgültig, welche Erscheinungsform der Musik dargeboten wird. Ihm geht es lediglich um die Gunst des Publikums, um geschäftliche Interessen. Für ihn ist die Verwertung von Musik eine wirtschaftliche Notwendigkeit. Zwar kann die Veranstallter eine persönliche Beziehung zu dem benutzten Werk bei der Auswahl lenken. Weitaus die meisten verwenden sie aber nur als angebotene "Ware" mit kaufmännischer Überlegung und ausschließlich unter deren Eindruck. Der eigentliche Hörer hat als Endabnehmer nur wenig Einfluß auf die Darbietung bestimmter Werke. Der Hörerwillen ist mehr oder weniger kollektiviert[1] und das Moment der individuellen Auswahl stark unterdrückt. Andererseits bedarf das Publikum auch nur der Musik als solcher. Sie dient dem Einzelnen zur Befriedigung eines kulturellen Bedürfnisses, welches auf den Erwerb fremder Vorstellungen zum Zwecke der Bildung, Unterhaltung oder der praktischen Anwendung gerichtet ist. Alle Musikaufführungen in ihren vielfältigen Erscheinungsformen dienen also letztlich nur der Erfüllung eines einheitlichen Bedürfnisses:dem musikalischen Erlebnis und damit der Steigerung des Lebensgefühls.

c) Schafft die G E M A Wettbewerb?

Als weiteres Bedenken wird von M ö h r i n g-L i e b e r k n e c h t[2] und G r e u n e r[3] geltend gemacht, die G E M A ermögliche über-

1) vgl. Greuner S.56
2) in UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (279,280)
3) S.56, 58

haupt erst einen Wettbewerb unter den Urhebern. Es sei aber unmöglich, daß dieser Wettbewerb im gleichen Augenblick, nämlich im Zeitpunkt der Vereinsgründung bzw. im Zeitpunkt des Beitritts eines Mitgliedes, entstehe und beschränkt werde. Ohne eine Verwertungsgesellschaft würde praktisch niemand mit den Urhebern Rechtsgeschäfte abschließen wollen oder können. Erst die G E M A sorge dafür, daß niemand Musikaufführungen ohne die erforderliche Erlaubnis und ohne dafür bezahlt zu haben veranstalte. Infolgedessen schaffe erst die G E M A die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, daß sich ein Wettbewerb der Urheber im Sinne eines Strebens, durch bessere Leistung ein höheres Einkommen zu erzielen, entfalten könne.

Es sei zugegeben, daß bei Nichtbestehen der G E M A nur räumlich beschränkte Konkurrenzverhältnisse bestehen würden, weil die Urheber nicht imstande wären, in ganz Deutschland selbst die Tantiemen einzuziehen und hierbei möglichst günstige Geschäftsbedingungen auszuhandeln. Erst durch ihren Zusammenschluß wird eine geordnete Verwertung möglich.

Aus zwei Gründen schließt jedoch die Tatsache der objektiven Nützlichkeit der G E M A eine Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs nicht aus.

Auch bei der Gründung der Verwertungsgesellschaften bestanden einzelne, wenn auch räumlich begrenzte, Konkurrenzgebiete. Der einzelne Urheber sah sich zwar nicht in der Lage, in g a n z Deutschland mit jedem infrage kommenden kleinen Musikveranstalter Lizenzverträge abzuschließen; aber er konnte doch in den Großstädten bei größeren Konzert-Etablissements seine Werke anbieten und seine Rechte geltend machen[1]. In diesen

1) vgl. Herzog in KR 1930, 20 (24)

Städten, in denen täglich zahlreiche Musikdarbietungen stattfinden, bestand eine Konkurrenz der Urheber oder war doch zumindest denkbar. Die räumliche Begrenzung des Wettbewerbsgebietes ist dabei im Hinblick auf § 1 GWB nichts Besonderes[1]. Auch in anderen Marktbereichen gibt es, bedingt durch das Zusammenleben in örtlicher Begrenzung, Wettbewerbsverhältnisse unter einer beschränkten Anzahl von Bewerbern. Außerdem hätten sich Agenturen gebildet, wenn die Verwertungsgesellschaften nicht gegründet worden wären, die sich zwischen Urheber und Veranstalter einschalten und vermitteln konnten. Auch diesen Agenturen gegenüber wäre eine Konkurrenz der Urheber möglich gewesen.

Im übrigen ist es aber für die Anwendung des § 1 GWB gar nicht erforderlich, daß bei Einsetzen der Beschränkungshandlung der Wettbewerb, auf den sie sich bezieht, bereits existent ist. Die Unterbindung eines an sich m ö g l i c h e n Wettbewerbs ist ebenfalls eine Beschränkung i.S. des § 1 GWB[2]. Eintritt des Wettbewerbszustandes und Beginn der wettbewerbsbeschränkenden Handlung können zeitlich auseinanderfallen, brauchen also nicht zur gleichen Zeit gegeben zu sein. Für § 1 GWB ist wesentlich nur, d a ß ein Konkurrenzzustand beeinträchtigt wird, mag er nun bestehen oder auch nur die Aussicht haben, in Zukunft existent zu werden.

---

1) vgl. dazu Benkendorff in WRP 1962, 146 (148)
2) BGH, Urt. vom 26.10.1959 -"Glasglühkörper"- in BGHZ 31, 105 (109); BKA, Beschl. vom 4.10.1962 -"Langfräsmaschinen"- in WuW/E BKartA 516 (519)/ WuW 1963, 58 (61); Fikentscher in WuW 1961, 788 (792); Schmitz in NJW 1961, 2089 (2091); Behrens in NJW 1958, 481 (485); Lieberknecht, Patente,S.115, 181; Möhring-Lieberknecht a.a.O., S. 297, 298

3) Beschränkung des Wettbewerbs

a) Die Beschränkungshandlung

Der Zwang zur Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz und das Streben nach günstigerer Gestaltung der eigenen Lage zwingt den Unternehmer ständig, die Wettbewerbsbedingungen für sich zu verbessern. Um sich bessere Marktchancen zu eröffnen, muß er den Wünschen der anderen Marktseite möglichst zu entsprechen versuchen, d.h. besser und schneller leisten als seine Konkurrenten. Bei diesem Prinzip der Leistungsauslese ist eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse zu seinem Vorteil aber nur mit den Mitteln der Leistungsüberflügelung möglich und infolgedessen für ihn mit dauernder Anstrengung verbunden. Er wird daher in der Regel versuchen, sich, soweit möglich, dem wirtschaftlichen Risiko derart zu entziehen, daß der wirtschaftliche Erfolg nicht mehr ausschließlich von der Bewertung seiner Leistungen auf dem Markt, d.h. von seinem Leistungsvorsprung, abhängig ist. Ein Mittel hierzu ist die Wettbewerbsbeschränkung durch vertragliche Vereinbarungen, mit deren Hilfe eine Verlangsamung oder ein Stillstand der Leistungssteigerung[1] ermöglicht wird. Die Unternehmer befreien sich durch Regelung ihres Marktverhaltens vom Konkurrenzdruck und schalten den Wettbewerb, der bislang dem individuellen Gewinnstreben die oben bezeichneten Grenzen setzte, aus. Der Wunsch, den lästigen Wettbewerber loszuwerden, um so auf bequemere Weise Einfluß auf das Marktgeschehen zu gewinnen, läßt aus einer Gegnerschaft eine Beziehung des Zusammenwirkens, der Kooperation werden. Der Unternehmer unterwirft sich selbst Beschränkungen hinsichtlich solcher Verhaltensweisen, die das Wesen seiner Wirtschaftstätigkeit ausmachen und die in Beziehungen zu gleich-

1) Funke S. 54

artigen Handlungen der Mitbewerber stehen. Indem ein Unternehmer im Verhältnis zu den gleichgesinnten die eigene Wettbewerbsfreiheit einschränkt, gewinnt er im Verhältnis zu seinen Marktgegnern einen zusätzlichen Bewegungs- und Erfolgsspielraum[1]. Als Beispiel einer Wettbewerbsbeschränkung nennt die Amtliche Begründung u.a. die Festsetzung einheitlicher Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen[2].

Überwiegend wird die Ansicht vertreten, eine Beschränkung des Wettbewerbs i.S. des § 1 GWB sei nur der Verzicht eines an dem Kartellvertrag Beteiligten auf das Recht zum gegenseitigen Wettbewerb, d.h., die Bindung betreffe stets das eigene wettbewerbliche Verhalten der Kartellmitglieder. Das Recht eines Nichtbeteiligten auf Betätigung im Wettbewerb könne nicht eingeschränkt werden[3]. Demgegenüber erkennen E w a l d[4], L u k e s[5] und G ü n t h e r[6] an, daß auch ohne Wettbewerbsbeschränkung der Vertragsschließenden selbst der Tatbestand des § 1 gegeben sein könne, wenn der Vertrag oder Beschluß eine Einschränkung des Wettbewerbs Dritter auslöse[7] und dadurch die Marktverhältnisse beeinflußt würden[8].

In der Definition des Begriffs "Wettbewerbsbeschränkung" haben sich inzwischen mehrere Autoren versucht. L e h n i c h[9] sieht ihr Wesen darin, daß bestimmte Gebiete der Markttätigkeit

---

1) Böhm in WuW 1956, 173 (176); vgl.auch Knöpfle in WuW 1962, 159 (161)
2) BT Drs.a.a.O., S.24, Anm.3a zu § 1
3) Müller-H.in Gem.Kom., Anm.24 zu § 1; Frankf.Kom. Tz 25 zu § 1 u.Baumb.-Heferm.,8.Aufl.,Anm.34 zu § 1
4) WuW 1956, 253 (257)
5) Kartellvertrag S.128 ff, 185 ff
6) MA 1957, 35 (43, 44)
7) Ebenso: LG Düsseldorf -"Filmtransport"-v.8.Sept. 1959 in WuW/E LG/AG 146 (149) / WuW 1960,648 (651)
8) Eine tatsächliche Einschränkung des Wettbewerbs auf der Seite Dritter offenbart normalerweise die Eignung einer Abrede zur Beeinflussung der Marktverhältnisse
9) Die Wettbewerbsbeschränkung S.19

einer gemeinsamen Regelung unterworfen werden. B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r unterscheiden, ausgehend von ihrer Begriffsbestimmung für den wirtschaftlichen Wettbewerb, zwischen formaler und materieller Wettbewerbsbeschränkung, je nachdem, ob das Streben der Mitbewerber nach Geschäftsverbindungen mit Kunden, also das Mittel, oder die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen, also das Ziel des wirtschaftlichen Wettbewerbs, beschränkt werde[1]. Werden durch eine formale Wettbewerbsbeschränkung weniger günstige Geschäftsbedingungen in Aussicht gestellt und ist damit nicht nur eine Schlechterstellung Dritter, sondern auch die schlechtere Versorgung der Allgemeinheit verbunden, so sei der Wettbewerb in seinem materiellen Gehalt beeinträchtigt. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung habe stets eine formale Beschränkung zur Voraussetzung. Dagegen brauche eine formale Beschränkung nicht notwendig auch eine materielle zu sein. Das Gesetz richte sich nicht gegen die formale Beschränkung, denn eine Beseitigung des Wettbewerbsstrebens führe nicht notwendig zu einer Minderung und einer Verschlechterung in der Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen. Erst wenn der Einzelne oder das Kollektiv über einen gesteigerten Markteinfluß verfüge und dies eine schlechtere Versorgung der Allgemeinheit zur Folge habe, liege eine materielle Wettbewerbsbeschränkung vor, die dem Verbot des § 1 GWB unterliegt. Dem hat sich M ü l l e r - H e n n e -

---

1) S.26 ff; nach Fikentscher setzt eine materielle Wettbewerbsbeschränkung neuerdings die Beschränkung des Inaussichtstellens günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen voraus, vgl. WuW 1961, 788 (799)

b e r g angeschlossen[1], der den Begriff "Beschränkung des Wettbewerbs" i.S. einer formalen Wettbewerbsbeschränkung definiert und darin nur den "rechtsgeschäftlichen Verzicht eines an dem Vertrag oder Beschluß Beteiligten auf das Recht, sich am Markt zu betätigen und dabei alle rechtlich zulässigen Wettbewerbshandlungen vorzunehmen" sieht. G ü n t h e r[2] versteht unter Wettbewerbsbeschränkung "die Einengung der individuellen Entscheidungsfreiheit, sich am Markt neben anderen Marktteilnehmern als Mitbewerber bezüglich des Angebotes oder der Nachfrage an die in Betracht kommenden Marktpartner zu wenden". B r u g g e r[3] sieht in der Beseitigung der selbständigen Willensbildung der Mitbewerber bei der Aufstellung von Wirtschaftsplänen die Beschränkung i.S. des § 1 GWB. Auch B a u m b a c h - H e f e r m e h l[4] sprechen von einer Einengung der individuellen Entschließungsfreiheit, so daß die Marktteilnehmer ihre wettbewerbliche Funktion in der nach dem Wettbewerbsprinzip gesteuerten Wirtschaft nicht mehr erfüllen können. W e s t e r m a n n[5] kennzeichnet als Wettbewerbsbeschränkung alle Maßnahmen, die an Stelle des freien Wirtschaftsentschlusses eines Wirtschaftssubjektes ein anderes Prinzip setzen, so daß das Nebeneinander der Unternehmen und der folgeweise Leistungskampf in irgendeiner Weise unwirksam gemacht werden. Als Legaldefinition schlägt er vor: "Beschränkung des Wettbe-

1) Anm.24 zu § 1 in Gem.Kom. Ebenso Müller-Beilschmidt in MA 1958, 657 (660) und Dörinkel in WuW 1958, 179. Dagegen hat Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (470/471) eingewandt, mit der rein terminologischen Kennzeichnung der Marktbeeinflussung als materieller Wettbewerbsbeschränkung unter Gegenüberstellung zur formalen Wettbewerbsbeschränkung wurde letztlich nicht gewonnen. Vielmehr würden die Wettbewerbsbeschränkung und ihre evtl. Folge, die Marktbeeinflussung, die begrifflich zu trennen seien, vermischt.
2) MA 1957, 35 (36)
3) WuW 1959, 159 (166)
4) 8.Aufl., Anm.26 zu § 1
5) Einkaufszusammenschlüsse S.15

werbs ist gegeben, wenn ein Unternehmer in seinem Streben nach Vertragsschluß mit möglichen Partnern gebunden ist". Nach der Begriffsbestimmung von E w a l d[1] muß dem Wettbewerb dergestalt eine Schranke gesetzt werden, daß sich die am Vertrag oder Beschluß Beteiligten zugunsten des Kollektivs des Rechts begeben, sich frei im Markt zu verhalten. K n ö p f l e[2] kommt im Anschluß an seine Begriffsbestimmung des Wettbewerbs zu folgender Definition: "Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können, ausgeschlossen oder eingeschränkt werden". B e n i s c h[3] schließlich definiert ganz allgemein, das parallele Streben gleichgerichteter Marktteilnehmer müsse in irgendeiner Form koordiniert sein.

b) Wettbewerbsbeschränkung als Vertragsinhalt

§ 1 GWB läßt nicht eindeutig erkennen, ob sich die Wettbewerbsbeschränkung aus dem Inhalt des Vertrages oder Beschlusses ergeben muß oder ob es genügt, wenn sich die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen als Folge oder auf Grund eines inhaltlich neutralen Vertragswerkes einstellen. B e n i s c h[4] und S ö l t e r[5] hatten bei der Untersuchung des Kartellcharakters von Einkaufsgenossenschaften zu § 1 des Entwurfs die Ansicht vertreten, es könne als zureichend betrachtet werden, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in einem Vertragsverhältnis ihre Ausgangsbasis habe,

1) WuW 1956, 253 (257)
2) in WuW 1962, 159 (174)
3) WuW 1956, 480 (484)
4) Isay-Festschrift S.257 u. WuW 1956,480 (486)
5) Das Rabattkartell,S.55; vgl.auch Bieling S.22

ohne dessen Inhalt geworden zu sein.

Dem waren E w a l d[1], G ü n t h e r[2] und W e s t e r m a n n[3] entgegengetreten. Ein Vertrag i.S. des § 1 GWB liege nur dann vor, wenn er selbst die wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen enthalte. Die Auslegung des § 1 i.S. einer "Wirkung" würde viele dieser Verträge der dauernden Gefahr zivilrechtlicher Unwirksamkeit aussetzen. Diese Begründung war auch bei den parlamentarischen Vorarbeiten für das GWB ausschlaggebend. Der W i r t s c h a f t s p o l i t i s c h e A u s s c h u ß hat dazu in dem Bericht des Abgeordneten Kurlbaum ausgeführt: "Werden aber durch Vertrag oder Beschluß Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet, so sind die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt"[4]. Diese Ansicht, der sich auch B e n i s c h[5] und S ö l t e r[6] angeschlossen haben, wird von der h.M. als authentische Interpretation des gesetzgeberischen Willens anerkannt[7]. Demgegenüber befürworten L u k e s[8], G a b r i e l[9], S c h w a m b e r g e r[10] und neuerdings wohl auch E w a l d[11] eine extensive Auslegung des § 1 GWB. L u k e s hält allein das Vorhandensein von Reflexwirkungen auf die Rechtsbereiche unbeteiligter Dritter für entscheidend. Das Vorliegen einer Verpflichtung unter den Beteiligten sei unnötig. Nach G a b r i e l geht

---

1) WuW 1956, 253 (257, 258)
2) MA 1957, 35 (36)
3) Einkaufszusammenschlüsse S.20 ff, insbes.23
4) zu BT Drs.3644, 2.Wp., S.15
5) DB 1957, 789 (790)
6) Nachfragemacht S.57, Anm. 102
7) M.-H.in Gem.Kom.,Anm.27 im § 1;Frankf.Kom.Tz 20, 26 zu § 1;Baumb.-H.,8.Aufl.,Anm.28 zu § 1; Fikentscher, Wettbewerb S.63 ff(66) u.WuW 1960, 680 (681); Brugger in WuW 1959,467 (484); Spengler in DB 1960,903 (905); Lieberknecht in MA 1958, 231 (232); Krahe in WuW 1959, 615(618)
8) Kartellvertrag S.123 ff, insbes.131
9) in MA 1960, 247 (248)
10) in NJW 1959, 2189 (2191 r.Sp.)
11) in WRP 1959, 131 (132); vgl.auch Knöpfle in WuW 1962, 159 (178)

es nicht darum, festzustellen, ob sich die am Vertrag Beteiligten des Rechtes begeben haben, sich frei im Markt zu verhalten, sondern um die auf einer ganz anderen Ebene liegende Beurteilung der volkswirtschaftlichen Wirkungen eines bestimmten Vertrages im Hinblick auf den Wettbewerb. Aber auch beim B u n d e s k a r t e l l a m t scheint sich eine schärfere Auslegung des § 1 GWB anzubahnen. Denn es hat in mehreren Fällen, in denen Vertragsbeteiligte einer gemeinsamen Verkaufsstelle zwar nach Inkrafttreten des GWB ihre gegenseitigen Verpflichtungen aufhoben, die Verkaufsstellen jedoch weiterbetrieben, die Kartelleigenschaft dieser Gemeinschaften nicht etwa von vornherein verneint, sondern sich eine Entscheidung vorbehalten[1].

4) Anwendung auf die G E M A

a) Vorbemerkung

Im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung der G E M A wird unter Hinweis auf § 2 der Satzung immer wieder geltend gemacht, den Urhebern gehe es nicht um eine Wettbewerbsbeschränkung und um die Schaffung einer Machtstellung auf dem Musikmarkt, sondern lediglich um die Möglichkeit einer Sicherung und Durchsetzung ihrer vom Gesetzgeber und der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugewiesenen Rechte[2].

Dennoch müßte die G E M A bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dem § 1 GWB unterstellt werden, wenn die durch Mitgliederbeschluß zustande gekommene Satzung oder der formularmäßige

1) Tätigkeitsbericht 1959 in BT Drs.1795,3.Wp., S.15,16; vgl.auch den Brief des BKA v.6.8.1962 -"Gagenstoppabkommen"- in WuW/E BKartA 502(506)/ WuW 1962, 716(720); vgl. dazu auch BGH imBeschl. v.14.1.1960 -"Kohlenplatzhandel"- in WuW/E BGH 369(371)/WuW 1960,347 (349)

2) vgl.Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29(1959/III) 269 (279-281, 301); Liermann in UFITA Bd.29 (1959/III), 315(319,320);Wawretzko in UFITA Bd. 31(1960/II), 287 (304)

Berechtigungsvertrag eine Wettbewerbsbeschränkung enthielten. Denn nach dem Zweck des Gesetzes soll wirtschaftliche Macht beseitigt, die unternehmerische Freiheit des Einzelnen in der Form einer freien Wettbewerbsstellung geschützt[1] und jeglicher Tätigkeitsbereich unseres Wirtschaftslebens von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten tunlichst freigehalten werden. Daher können auch solche Zusammenschlüsse, für welche die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB zutreffen, nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, daß sie letztlich dem Wettbewerb dienlich sind. Das Gesetz hat die Fälle, in denen es von seinen strengen Prinzipien abweicht, ausdrücklich in besonderen Vorschriften geregelt. So enthalten z.B. §§ 2 ff GWB gewisse teils kraft Gesetz gültige, teils auf Grund einer Erlaubnis der Kartellbehörden wirksam werdende Ausnahmen von dem im § 1 GWB ausgesprochenen Grundsatz. Wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse, die diesen Ausnahmebestimmungen nicht genügen, sind insoweit unzulässig, selbst wenn sie objektiv zu einer Förderung des Marktmechanismus geeignet sind[2].

Zu Recht betont W a w r e t z k o, "der Umstand, daß das Inkasso des Gegenwertes seiner (des Autors) Leistung seitens der G E M A ... vorgenommen wird, bedeutet keine Wettbewerbsbeschränkung"[3]. Die G E M A würde in der Tat keinerlei kartellrechtlichen Beanstandungen unterliegen, wenn sich die Mitglieder ihrer lediglich als Inkassostelle bedienen würden, denn die ausschließliche Verwendung einer gemeinsamen Abrechnungsstelle stellt - für sich gesehen - noch keine Beschränkung des

1) Amtl.Begr.a.a.O., Einleitung AI, S.15; Lit.Hinweise bei Lukes, S.302, Fußn.15
2) BGH, Urteil vom 7.Juni 1962 -"Spar"- in BGHZ 37, 194 (202); vgl.auch Benisch in WuW 1956,480(484) u.in Isay-Festschrift S.261
3) a.a.O.,S.303

*) Fortsetzung Seite 105

Wettbewerbs dar[1]. Die Erteilung einer Einziehungsermächtigung oder eine Inkassozession würde weder den Urhebern die Möglichkeit nehmen, selbst den Veranstaltern möglichst günstige Geschäftsbedingungen in Aussicht zu stellen, noch die Musikverbraucher daran hindern, bei den Verhandlungen mit den Autoren günstigere Bedingungen auszuhandeln. Auch die Bevollmächtigung zur Vertretung bei Vertragsschlüssen und die Einräumung der Klagebefugnis gegen Urheberrechtsverletzer[2] wären kartellrechtlich unbeachtlich, weil der Urheber ja jederzeit noch Aufführungsrechte vergeben könnte. Der G E M A würde lediglich die Ausübung einer urheberrechtlichen Befugnis eingeräumt, ohne daß die Rechte des Urhebers irgendeine Beschränkung erführen. Diese verblieben vielmehr in vollem Umfange bei ihm und er behielte infolgedessen auch die Möglichkeit, anderen konkurrierend ebenfalls Aufführungslizenzen zu erteilen. Die G E M A würde in diesem Falle den Urhebern zur vollständigen Erfassung aller Zahlungspflichtigen und Zahlungswilligen helfend zur Seite stehen, den Wettbewerb unberührt lassen und dennoch voll ihren Zweck erfüllen[3].

b) Rechtliche Ausgestaltung des Berechtigungsvertrages

Die Mitglieder der G E M A übertragen dem Verein die von diesem wahrzunehmenden gegenwärti-

1) Ärzte pflegen solchen Inkassovereinen beizutreten, die die Eintreibung der Honorare und die Kontrolle ihres Eingangs übernehmen.
2) Diese wäre in der Erteilung einer Einziehungsermächtigung enthalten, vgl.Pal.-Danckelmann, Anm.7 zu § 398
3) Demgegenüber vertritt das BKA im Tätigkeitsbericht 1960 (v.5.5.1961 in BT Drs.2734,3.Wp., S.18) die Auffassung, die Übertragung einer Reihe von urheberrechtlichen Befugnissen auf die in Betracht kommenden Verwertungsgesellschaften mit dinglicher Wirkung zur ausschließlichen Nutzung sei unerläßlich, da die den Urhebern zustehenden Rechte aus zwingenden tatsächlichen Gründen nicht von den einzelnen Berechtigten selbst, sondern nur durch die Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden könnten.

gen und künftigen Rechte durch Abschluß des Berechtigungsvertrages für eine bestimmte Frist, die sich im Falle der Nichtkündigung jeweils um den gleichen Zeitraum verlängert (§ 3 der Satzung). Der Vertrag berechtigt die G E M A, die von dem Urheber übertragenen Rechte im eigenen Namen auszuüben, sie auszuwerten, die zu zahlenden Gegenleistungen in Empfang zu nehmen und über den Empfang rechtsverbindlich zu quittieren, die ihr übertragenen Rechte an Dritte ganz oder zum Teil weiterzuübertragen oder die Benutzung zu untersagen und alle der Gesellschaft zustehenden Rechte auch gerichtlich in jeder ihr zweckmäßig erscheinenden Weise im eigenen Namen geltend zu machen. Die Tantiemeansprüche des Urhebers richten sich nach dem Verteilungsplan. Dieser und die Satzung sind, auch nach etwa eingetretener Änderung durch Mitgliederbeschluß, Inhalt des Vertrages. Beschließt die Mitgliederversammlung eine Abänderung des formularmäßigen Berechtigungsvertrages, so gelten auch diese Abänderungen als Bestandteil des Vertrages. Die Ansprüche des Urhebers gegen die Gesellschaft sind nur nach Vereinbarung mit der Gesellschaft abtretbar. Der Urheber muß sich verpflichten, keinerlei Rechtsgeschäfte abzuschließen, die den Zweck haben, den Verteilungsplan zu umgehen. Er erkennt im Berechtigungsvertrag an, daß alle derartigen Rechtsgeschäfte gegenüber der G E M A unwirksam sind. Bereits im voraus tritt er mit Vertragsschluß alle Ansprüche, gleich welcher Art, die sich aus dem Abschluß solcher unerlaubten Rechtsgeschäfte ergeben, an die G E M A ab. Bei erstmaligem Abschluß ist der Urheber zur Zahlung einer einmaligen vom Aufsichtsrat festzusetzenden Aufnahmegebühr verpflichtet. Mit Beendigung des Vertrages fallen die Rechte an den Urheber zurück, ohne daß es

einer besonderen Rückübertragung bedarf[1].

c) Auswirkung der dinglichen Vollrechtsübertragung

Aus dem Berechtigungsvertrag wird deutlich, daß dem Rechtsverhältnis der Urheber zur G E M A nicht nur eine Vollmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften oder eine Einziehungsermächtigung zugrunde liegt. Denn es treten weder die Folgen der Vertragsschlüsse mit den Musikverbrauchern in der Person des Urhebers ein, noch verbleiben bei ihm Forderungen, etwa aus den §§ 36 ff LUG. Die G E M A hat nicht lediglich einen vertragsmäßigen Anspruch auf Duldung der Verwertung. Die Abtretung der Verwertungsrechte ist nicht nur eine Einwilligung zur Verfügung über ein dem einwilligenden Urheber gehöriges Recht. Die Übertragung erfolgt schließlich nicht ausschließlich im Interesse des Urhebers, sondern ebenfalls im Interesse der G E M A, die aus den eingezogenen Gebühren ihre Kosten deckt.

Die Urheber haben vielmehr eine Art der Übertragung gewählt, durch die die G E M A zwangsläufig zum Ansatzpunkt kartellrechtlicher Bedenken werden mußte.

Da das LUG im § 8 Abs. 3 nur die Möglichkeit einer Übertragung erwähnt, jedoch Bestimmungen darüber, wie und mit welchen Folgen diese Übertragung zu geschehen hat, nicht enthält[2], finden nach § 413 BGB die Vorschriften über die vertragsmäßige Übertragung von Forderungen (§§ 398 ff BGB)

1) vgl.den Berechtigungsvertrag und den Verteilungsplan, beide in der Neufassung auf Grund der Beschlüsse der ordentlichen Mitgliederversammlung vom 12. Oktober 1960 und Schulze, Urheberrecht in der Musik, S.38 ff und 63 ff

2) Auch die zum Gesetzentwurf gegebene Begründung enthält nichts, was auf eine rechtliche Besonderheit dieser Rechtsübertragung schließen ließe.

entsprechende Anwendung[1]. In dem Berechtigungsvertrag wird nicht nur ein Übertragungs a n s p r u c h begründet, in ihm wird vielmehr die Veräußerung bereits vollzogen, die Übertragung des Rechtes unmittelbar bewirkt. Im Rahmen der durch die Abtretung erlangten Rechtsmacht kann die G E M A frei verfügen. Sie ist in ihrer Handlungsfreiheit nach außen nicht beschränkt, wird volle Rechtsinhaberin und tritt in eigenem Namen auf (§ 398 Satz 2 BGB). Im Innenverhältnis ist sie treuhänderisch gebunden, d.h., die rechtsgeschäftliche Treuhänderschaft durch Übertragung des Vollrechts wird mit der Verpflichtung begründet, davon nur im Rahmen der zwischen Urheber und G E M A bestehenden Rechtsbeziehungen Gebrauch zu machen[2].

Das Reichsgericht kennzeichnete diese Rechtsbeziehungen, durch die der G E M A als Alleinverfügungsberechtigte die gesamten Verwertungsrechte zum Zwecke der Verwaltung, Gebrauchsgewährung und Einziehung als Vollrecht übertragen werden, als Vertrag besonderer Art[3]. Heute charakterisiert ihn die überwiegende Meinung als Geschäftsbesorgungsvertrag (Aufführungsvertriebsvertrag) i.S. der §§ 662/675 BGB[4].

Durch den Berechtigungsvertrag überträgt der Urheber sein Aufführungsrecht im gleichen Umfang und mit demselben Inhalt, wie es ihm selbst zustand, auf die G E M A. Die in dem Vertrag vor-

---

1) Hubmann § 43 I 1,S.177; vgl.Greuner S.14; Munk S.28 ff; Hinrichsen S.43 ff. Literaturhinweise für die Möglichkeit einer Vorausverfügung über ein erst zu schaffendes Werk bei Greuner S.14 Anm.+++

2) vgl.Pal-Danckelmann Anm.3 vor § 164

3) RGZ 87,215 (220)

4) vgl.Hubmann § 43 II 2,S.179; Ulmer § 71 II, S.285; Nipperdey in NJW 1953; 881 (883); Süß in GN Nr. 30 (August 1956),S.6 (8); Greuner, S.17

genommene Abtretung sämtlicher Verwertungsbefugnisse ist eine dinglich wirkende[1] Verfügung[2] über ein Recht am Geisteswerk. Dieses Recht wird "der Substanz und nicht nur der Ausübung nach"[3] in seinem geltenden Vermögensstand übertragen. Die Übertragung urheberrechtlicher Befugnisse mit dinglicher Wirkung zur ausschließlichen Ausnutzung durch den Verein bedingt auch den vollständigen Übergang des Verbietungsrechts gegenüber Dritten. Nicht einmal der Urheber selbst dürfte als ursprünglicher Rechtsträger ohne Genehmigung des Vereins ein von ihm stammendes Werk öffentlich aufführen. Nur gewisse höchstpersönliche Rechte an dem Bestand und der Form des Werkes sind gemäß § 9 LUG nicht mit übertragbar, sie verbleiben beim Urheber. Die G E M A wird auch aktiv legitimiert für alle sich aus einer Verletzung des Urheberrechts ergebenden Ansprüche, sie wird "Berechtigte" i.S. der §§ 36 ff des LUG.

Diese unbeschränkte Übertragung des vermögensrechtlichen Ausschnitts aus den urheberrechtlichen Befugnissen ist die weitgehendste

---

1) "Dinglich" ist auch in diesem Zusammenhang als Gegensatz zum obligatorischen Recht aufzufassen. Dabei ist aber zu beachten, daß beide Begriffe Rechtsgebieten angehören, die dem Urheberrecht wesensfremd sind. Denn die Urheberrechte haben mit Schuld- und Sachenrechten nach ihrer Entstehung und ihrem Wesen nichts gemeinsam.(So gibt es beispielsweise zwar an Sachen, nicht aber an Urheberrechten einen Besitz im Sinne einer körperlichen Innehabung.) Ähnlichkeiten ergeben sich allein daraus, daß sie als immaterielle Güter in den Verkehr kommen und dann ähnlichen Gesetzen folgen wie die Sachen- und Forderungsrechte. Aus diesem Grunde erscheint es auch gerechtfertigt die Bestimmungen des Schuld- und Sachenrechts im Bereich des Urheberrechtes entsprechend anzuwenden.

2) Runge, S.225;Brugger in WuW 1959, 159 (167)

3) Runge a.a.O.;über den früheren Streit, ob eine solche Übertragung des Urheberrechts "der Substanz und nicht nur der Ausübung nach" erfolgen könne,vgl. v. G i e r k e, Deutsches Privatrecht I, Berlin 1895,S.765 ff,805 (Persönlichkeitsrechtstheorie) und K o h l e r, Das Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1906,S.1 ff (Theorie des Immaterialgüterrechts)

Verfügung, die der Urheber durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sein Werk vornehmen kann. Die Parallele zu der Übertragung von Sachenrechten oder Forderungen nach dem BGB tritt deutlich in Erscheinung[1]. Das Wesen der unbeschränkten Übertragung besteht darin, daß sämtliche vermögensrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts in ihrer Gesamtheit ohne Einschränkung auf den Erwerber übergehen, und zwar entsprechend dem Charakter des Urheberrechts als eines absoluten mit der diesen Rechten eigentümlichen Doppelfunktion: Die G E M A erhält eine Befugnis positiver und negativer Art, einmal selbst das Tonwerk durch Vergabe von Aufführungslizenzen zu nutzen, zum anderen jeden Dritten von unbefugter Nutzung fernzuhalten und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Wie der Erwerber einer Sache durch die Eigentumsübertragung die Befugnis erhält, in Zukunft mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, so erhält die G E M A die ausschließliche vermögensrechtliche Befugnis des Urhebers übertragen mit der Wirkung, daß die Ausschlußrechte dingliche Wirkung gegen jedermann besitzen; der G E MA steht also fortan allein das Recht zu, das betreffende Werk im wirtschaftlichen Wettbewerb zu nutzen.

Wettbewerb als Handlung gegenüber Konkurrenten liegt nur dann vor, wenn der Einzelne eine Chance hat, die Bedingungen, unter denen er Handel treibt, in seinem Sinne zu beeinflussen. Die Urheber sind aber verpflichtet, sich jeglicher Verwertungshandlung zu enthalten, sie haben keinerlei Einfluß mehr auf die Vertragsgestaltung, insbesondere die Höhe der Gebühren. Auch an den Verträgen der G E M A mit den Musikverbrauchern sind die Autoren unmittelbar nicht mehr beteiligt, sie erhalten nur noch ihren Anteil an den Erträg-

1) vgl. §§ 929, 903, 398 BGB

nissen aus der Verwertung ihrer Werke. Die selbständige wirtschaftliche Willensbildung der gebundenen Autoren ist damit beseitigt, an Stelle der freien Entscheidung des Einzelnen ist der gemeinsame Plan getreten. Eine derartige durch Abreden - hier durch die Berechtigungsverträge - bedingte Beeinflussung der wirtschaftlichen Verhältnisse des einzelnen Wettbewerbers soll durch § 1 GWB aber gerade ausgeschaltet werden.

M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[1] wollen die in der Satzung verankerte Verpflichtung der Mitglieder, einen Berechtigungsvertrag abzuschließen, deshalb nicht als Wettbewerbsbeschränkung anerkennen, weil der G E M A dadurch lediglich ein Recht eingeräumt werden solle. Es werde keine "normative Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten im Wettbewerb" aufgestellt.

Ausdrücklich enthalten Satzung und Berechtigungsvertrag keine wettbewerbsbeschränkenden Bestimmungen. Auch bezwecken die Urheber mit dem Zusammenschluß nicht, sich vom "Konkurrenzdruck"[2] zu befreien. Diese Merkmale wären zwar typische Hinweise auf § 1 GWB, sie sind aber in dieser Eindeutigkeit als Tatbestandsvoraussetzungen nicht erforderlich. Das Gesetz stellt nicht auf den Willen der Beteiligten ab. Es genügt, wenn die Vertragspartner ohne ausdrückliche Verwendung der im § 1 GWB gebrauchten termini auf das Recht verzichten, sich am Markt zu betätigen und dabei alle rechtlich zulässigen Wettbewerbshandlungen vorzunehmen[3].

Den Urhebern wird im Berechtigungsvertrag nicht nur eine bestimmte Verhaltensweise im Wett-

1) in UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (299)
2) vgl. S.96 der Arbeit
3) BGH, Urteil vom 6.12.1962 -"Kino"- in WuW/E BGH 519 (522)/ WuW 1963, 393 (396)

bewerb vorgeschrieben. Das neue Mitglied begibt sich vielmehr jeder Möglichkeit selbständigen geschäftlichen Handelns hinsichtlich der Verwertung seines Werkes. Die Befugnis des Urhebers, selbst unmittelbar Verträge mit den Veranstaltern abzuschließen, geht ihm verloren und steht fortan der G E M A zu[1]. Der Umstand, daß den Mitgliedern der G E M A die Möglichkeit bleibt, sich von den wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen durch Ausscheiden aus der Gesellschaft im Wege einer Kündigung des Berechtigungsvertrages innerhalb bestimmter Fristen freizumachen, ändert nichts daran, daß bis zu ihrem Ausscheiden die im Berechtigungsvertrag verankerten Verpflichtungen Bestand haben. Es genügt, wenn der Urheber innerhalb dieses Zeitraums von jeder wirtschaftlichen Verwertung seiner Rechte und der damit zusammenhängenden Gestaltung der Geschäftspläne ausgeschlossen und infolgedessen der "Spannungszustand"[2] beseitigt ist. Denn nach Sinn und Zweck des § 1 GWB soll diese Vorschrift die Unwirksamkeit eines Vertrages, der die in ihr aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, gerade auch für die Zeit herbeiführen, für die noch keine Kündigung ausgesprochen ist[3].

M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t, die auf den Wesensunterschied zwischen der Übertragung von Rechten - eine solche liege im Falle der G E M A vor - und der Begründung von normativ wirkenden Verhaltensregeln hinweisen[4] - diese allein sei die Voraussetzung für den Begriff "Wett-

1) Nach dem BKA fällt der Verzicht auf eigene Geschäftstätigkeit unter § 1 GWB, vgl.den Beschl. des BKA vom 25.4.1960 - "Nordbayrische Basaltunion" - in WuW/E BKartA 191 (193)/WuW 1960, 577 (579)
2) Behrens in NJW 1958,481(482) und Beschluß des OLG Celle v.23.5.1962 - "Bahnhofsbau" - in WuW/E OLG 522(523)/WuW 1963, 410(411).
3) vgl.Urt.des BGH v.7.6.1962 in WuW/E BGH 486 (493)/WuW 1962, 680 (687)
4) in UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (299)

bewerbsbeschränkung" - übersehen m.E., daß die Übertragung ausschließlicher Verwertungsbefugnisse gerade hier gegenüber der Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten im Wettbewerb ein Mehr enthält.

Aus allem folgt, daß die G E M A, obwohl sie die Nutzbarmachung der Urheberrechte technisch vereinfacht und in vielen Fällen praktisch überhaupt erst ermöglicht, obwohl sie also wirtschaftlich zweckmäßig und erwünscht ist, durch die von ihr gewählte Form der dinglichen Vollrechtsübertragung auch bewirkt, daß eine Konkurrenz der Urheber, wie sie bei isolierter Verwertung der Urheberrechte durch jeden Einzelnen oder neben der G E M A als Vertreterin bestanden hätte oder doch zumindest denkbar wäre, vollkommen ausgeschaltet wird. Diese Beschränkung des Wettbewerbs folgt nicht etwa aus der Rechtsnatur der durch das Urheberrecht geschützten Rechtsgüter, die dem Inhaber kraft Gesetzes eine Monopolstellung einräumen (§ 11 II LUG). Sie folgt vielmehr aus der Natur des Zusammenschlusses, die bewirkt, daß die Autoren gehalten sind, ihre "Erzeugnisse" ausschließlich über die Gemeinschaftsinstitution "abzusetzen".

Die Wettbewerbsbeschränkung ist daher notwendige Konsequenz der gewählten Satzungsgestaltung.

IV) Die Marktbeeinflussung

§ 1 GWB, dessen Anwendungsbereich durch das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung" weit gesteckt ist, erfährt eine Einschränkung dadurch, daß eine Eignung dieser Wettbewerbsbeschränkung zur Beeinflussung der Erzeugung[1] oder der Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen gefordert wird. Der Unrechtsgehalt der Vorschrift ergibt sich also erst aus der negativen Beeinflussung der Marktverhältnisse[2].

Unter welchen Voraussetzungen eine Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse i.S. von § 1 GWB vorliegt, geht aus dem Gesetzeswortlaut selbst nicht hervor. Die Auslegung des meist zusammengesetzt gebrauchten Tatbestandsmerkmals der "Beeinflussung der Marktverhältnisse" wird aber erleichtert, wenn man die "Marktverhältnisse" und ihre "Beeinflussung" begrifflich trennt.

1) Marktverhältnisse

Wenn die Amtliche Begründung den Begriff "Marktverhältnisse" lediglich mit solchen wirtschaftlichen Vorgängen kennzeichnet, die durch p r i v a t r e c h t l i c h e Rechtsgeschäfte abgewickelt werden, so sollte dadurch klargestellt werden, daß das Gesetz solche Leistungen nicht er-

1) Lukes weist darauf hin, daß sich jede Beeinflussung der Erzeugung auch auf die Marktverhältnisse auswirke, Kartellvertrag, S.161, Anm. 29

2) vgl. Baumbach-H.,8.Aufl.,Anm.43 zu § 1

fassen wollte, die auf Grund hoheitlicher Bestimmungen gegeben oder gefordert werden[1].

Gekennzeichnet werden die Marktverhältnisse (der Ablauf des Marktgeschehens) durch die sich aus den natürlichen Gegebenheiten des Marktes ergebende Wechselwirkung von Angebot, Nachfrage und Preis. Entsprechend wird in der Volkswirtschaftstheorie der Markt als der Ort beschrieben, an dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen[2]. Diese Definition ist aber für eine Anwendung auf § 1 GWB zu abstrakt. Überwiegend bedient man sich daher der Begriffsbestimmung G ü n t h e r s[3], der unter Marktverhältnissen "jene Summe von Eigenschaften" verstanden wissen will, "die einem bestimmten Markt das besondere Gepräge gibt". Als charakteristische Eigenschaften erwähnt Günther die Größe und Verteilung der Marktanteile auf die einzelnen Marktpartner, die Art und Intensität des Wettbewerbs, die Form der Preisbildung, die Zugänglichkeit des Marktes und die Art des Auftretens der Marktpartner. Von einem sachlich, räumlich und zeitlich begrenzten Marktgebiet gehen B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r[4] aus, die sich insoweit v o n S t a c k e l b e r g[5] angeschlossen haben, der unter einem Markt die gedankliche Zusammenfassung aller Kauf- und Verkaufsakte eines bestimmten Gutes innerhalb eines bestimmten Gebietes und Zeitraumes verstanden wissen will. B e n k e n d o r f f setzt Marktbeeinflussung und Wettbewerbsbeschränkung in Beziehung

---

1) a.a.O.,Anm.3b zu § 1,S.24,25
2) Eucken,Grundlagen S.175
3) in MA 1957,35 (42);vgl.ferner BGH,Urt.v.26.10. 1961 in NJW 1962,247 (248); OLG Celle, Beschlüsse v.22.12.1961 in WuW/E OLG 439/WuW 1962, 353 und v.23.5.1962 in WuW/E OLG 522(524)/WuW 1963,410(412); Müller-H.in Gem.Kom.,Anm.44 zu § 1, Frankf.Kom.TZ 47 zu § 1, Klaue in WuW 1961, 323 (326)
4) S.53
5) zitiert bei Borchardt-Fikentscher a.a.O., Anm.8

zueinander und stellt für den Begriff des Marktes darauf ab, ob für die im konkreten Fall in Rede stehenden Waren oder Leistungen eine Wettbewerbsmöglichkeit und damit auch eine Wettbewerbsbeschränkung in Betracht kommt[1]. Auch B a r n i k e l[2] will die Abgrenzung und Bestimmung des Marktes nach der funktionellen Austauschbarkeit der auf dem Markt angebotenen und gefragten Produkte vornehmen.

a) Beeinflussung der Marktverhältnisse

Bei der Untersuchung des Merkmals "Marktbeeinflussung" ist nicht nur auf die Verhältnisse der den Wettbewerb beschränkenden Marktseite und deren Konkurrenten abzustellen. Entscheidend für die Beurteilung von Verträgen nach § 1 GWB ist die Einwirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf der anderen Marktseite. Die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Vertragsbeteiligten ist nach dem Wortlaut des Gesetzes ("durch") das Mittel[3] zur Marktbeeinflussung. Diese äußert sich in der Verringerung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten und damit der Erfolgschancen auf der Seite dritter, außerhalb des Vertrages stehender Personen[4]. "Die Kooperation der Unternehmer einer Marktseite führt zur Subordination der Geschäftsgegner der Marktgegenseite"[5]. Diese stehen ent-

1) vgl.WRP 1962, 146 (148); Benkendorff räumt selbst ein, daß bei einer solchen produktbezogenen und nach der Wettbewerbslage bestimmten Marktbegrenzung erhebliche Zweifel auftauchen könnten, in welchem örtlichen, zeitlichen und warenmäßigen Bereich für die in Frage stehenden Waren oder Leistungen ein Wettbewerb möglich ist, wie also in der Praxis der Markt dafür abzustechen sei.
2) in WuW 1961, 246 (247); vgl. auch Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung S.26
3) Baumb.-H., 8.Aufl.,Anm.43 zu § 1; Lukes, Kartellvertrag, S.161
4) OLG Celle vom 27.April 1960 in WuW 1960,877; LG Düsseldorf, Urteil v.15.August 1961 in WuW/E LG AG 186 (188)/WuW 1962,446(448); Müller-H. in Gem.Kom.Anm.44 zu § 1;Baumb.-H., 8.Aufl., Anm.43 zu § 1; Lukes, Kartellvertrag,S.162; Böhm in WuW 1956, 173 (177)
5) Baumbach-H., 8.Aufl., a.a.O.

weder nach der Kartellgründung nicht mehr mehreren Geschäftspartnern gegenüber oder sie stoßen bei allen Vertragspartnern auf gleiche Bedingungen, die sich nicht im natürlichen Spiel des Marktes gebildet haben. Die Möglichkeit, günstigere Bedingungen durch die Drohung auszuhandeln, man werde sich anderen Geschäftspartnern zuwenden[1], wird ausgeschlossen.

Eine Marktbeeinflussung ist also gegeben, wenn sich die Marktverhältnisse der anderen Marktseite auf Grund der Wettbewerbsbeschränkung ändern, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Außenwirkungen zur Folge hat. L u k e s kennzeichnet diese Außenwirkungen als "positionsverschlechternde Reflexwirkungen im Entfaltungsbereich Dritter"[2]. B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r verlangen ein Weniger an Rücksichtnahme der Kartellpartner auf die übrigen Marktteilnehmer[3]. Die durch Ausschaltung anderer Mitbewerber erzielte gesteigerte Beeinflussung des Marktes, die zu einer Schlechterstellung des Kunden führe und dessen Auswahlmöglichkeiten beschränke, nennen sie materielle Wettbewerbsbeschränkung[4]. Auch B r u g g e r[5] spricht von einer "Schlechterstellung der Kundenseite durch Inaussichtstellen ungünstigerer Bedingungen". Nach G ü n t h e r liegt die Marktbeeinflussung in der Herbeiführung eines höheren Monopolisierungsgrades[6].

b) Die Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse und ihr Nachweis

Ein tatsächlicher Eintritt des Markteinflusses wird in § 1 GWB nicht vorausgesetzt. Auch ein subjektiver Tatbestand braucht nicht erfüllt

1) Müller-Henneberg a.a.O.; LG Düsseldorf,Urteil v.15.8.1961 in WuW/E LG AG 186 (188)/WuW 1962, 446 (448)
2) Kartellvertrag S.288
3) S.77
4) S.29;vgl.auch Fikentscher,S.47,48
5) in UFITA Bd.27 (1959 I), 189 (210)
6) in MA 1957, 35 (42)

zu sein. Es kommt nicht darauf an, ob die am Vertrage Beteiligten eine Beeinflussung der Marktverhältnisse absichtlich oder wissentlich herbeiführen oder mit dem Vertrage einen entsprechenden Zweck verfolgen[1]. Nach der Amtlichen Begründung sollte damit dem Ziel einer umfassenden Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verträge sowie den praktischen Schwierigkeiten Rechnung getragen werden, die sich aus dem Erfordernis subjektiver, bei allen Partnern eines Vertrages oder Beschlusses vorliegender Voraussetzungen ergeben könnten.

Die Willensrichtung der Beteiligten ist danach wirtschaftlich erst erheblich, wenn von ihr Wirkungen ausgehen bzw. ausgehen können. Entscheidend ist die bloße Möglichkeit einer Beeinflussung, die "Geeignetheit"[2]. Indem der Gesetzgeber in diesem Punkte die Fassung des Regierungsentwurfs übernommen hat, entschied er die frühere Kontroverse, ob für § 1 KartVO eine Absicht der Marktbeeinflussung erforderlich sei[3], zugunsten des insbesondere vom Kartellgericht vertretenen objektiven Kartellbegriffs.

Die Eignung ist Frage der Tatbestandsmäßigkeit und bedarf in jedem einzelnen Falle einer ge-

---

1) Amtl.Begr.in BT Drs.3462,1.Wp.,Anm.3e zu § 1, S.25;BGH, Urteile v.26.10.1959 - "Glasglühkörper" - in WuW/E BGH 359 (363)/WuW 1960,295(299), v.7.6.1962 - "Spar" - in BGHZ 37,194(200) u.v. 6.12.1962 - "Kino" - in WuW/E BGH 319 (320)/ WuW 1963,393(394); BKA, Tätigkeitsbericht 1959 v.13.4.1960 in BT Drs.1795,3.Wp.,S.15 u.Brief v.6.8.1962 - "Gagenstoppabkommen" - in WuW/E BKartA 502(506)/WuW 1962,716(720); Fikentscher i.Anm.z.Urt.d.BGH "Glasglühkörper" a.a.O.in WuW/E BGH 365(367)/WuW 1960,343(345); Benkendorff in WRP 1962,313(320);Kartbe.i.WuW 1963, 565 (571)

2) Amtl.Begr.a.a.O.,Anm.3e zu § 1,S.25

3) für Absicht: RG in RGZ 114,262(265); 125,166 (169); 128,1 (10); 151,139 (149); KR 1926,100 (101); JW 1934, 2403 (2404); 1936,2546 (2548); Seuff.A.Bd.86 Nr. 153. Müllensiefen - D.V,11; Lehnich - F.,S.192; Haussmann-Holländer S.18 ff für Eignung: KG in KR 1925,344 (346); 1927,395 (398); 1931,189 (194); 1933,125 (130).Callmann S.80 ff; Koppel in KR 1941,209 (210)

sonderten Prüfung[1]. Sie ist nach den typischen Merkmalen des der Wettbewerbsbeschränkung zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes und nach allgemeinen Erfahrungssätzen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse (Geschehensabläufe)[2] zu beurteilen. Ein Maßstab ist die der anderen Marktseite verbleibende Chance, ohne materielle Nachteile oder unzumutbare Unbequemlichkeiten anderweitig zu disponieren und unter anderen, gegebenenfalls besseren Bedingungen Geschäftsabschlüsse zu tätigen. Entscheidend für die Frage, ob eine Beeinflussung der Marktverhältnisse vorliegt, sind also die den Geschäftspartnern verbleibenden Ausweichmöglichkeiten[3], was das gleiche bedeutet wie die den Kunden offenstehenden Alternativmöglichkeiten[4].

Nicht erforderlich ist für die Anwendung der Verbotsvorschrift des § 1 GWB das sichere Bevorstehen der Marktbeeinflussung. Geeignetheit bedeutet weniger. Nach dem B G H[5] ist jede nach allge-

1) Müller-H.in Gem.Kom.Anm.45 zu § 1, S.185
2) vgl.Frankf.Kom.Tz 52 zu § 1. Die Rspr.des BGH zu § 1 GWB ist in diesem Punkte nicht eindeutig. Im "Glasglühkörper"-Urteil (a.a.O.) wurde die Auffassung vertreten, die Eignung zur Marktbeeinflussung müsse rein abstrakt beurteilt werden, während der BGH im Kohlepreis-Beschluß (v.14.1.1960 in WuW/E BGH 369 ff/WuW 1960, 347 ff = GRUR 1960,353 ff -"Kohlenplatzhandel"-) auf die konkrete Eignung zur Marktbeeinflussung abstellt. Auch im "Spar"-Urteil (v.7.6.1962 in WuW/E BGH 486 (491)/WuW 1962,680 (685) fordert der BGH eine spürbare Einwirkung. Eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse genüge nicht.
3) Benisch in Anm.zum Beschluß des BGH v.14.1. 1960 -"Kohlenplatzhandel"- a.a.O.in WuW/E BGH 373/WuW 1960,351 u.Deringer in Anm.zum gleichen Beschluß in BB 1960,343 (610 E); vgl.auch LG Dtmd. Urt.v.16.10.1961 in WuW/E LG AG 189/WuW 1962, 623; Meyer-Cording in WuW 1962,461(472) u. Dörinkel in Anm.z.Urt. des BGH v.7.6.1962 -"Spar"- (BGHZ 37, 194 ff) in GRUR 1963, 47 (48)
4) Fikentscher, Wettbewerb S.48 u. in WuW 1961, 788 (799); Borchardt-F.S.29
5) Urteil v.7.6.1962 -"Spar"- in BGHZ 37, 194 (200) u. v.6.12.1962 -"Kino"- in WuW/E BGH 519 (522/523)/WuW 1963, 393 (396/397)

meiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten geeignet i.S. des § 1 GWB, die Marktverhältnisse zu beeinflussen; eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung zur Marktbeeinflussung genügt allerdings nicht. B e n i s c h[1] und der F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r[2] fordern einen "gesteigerten Grad von Wahrscheinlichkeit" und bejahen diesen Wahrscheinlichkeitsgrad beim Vorliegen bestimmter Hinweise aus den tatsächlichen Verhältnissen. B e n k e n d o r f f[3] will eine Gleichstellung der "Eignung" mit "Wahrscheinlichkeit" nicht genügen lassen. Erforderlich sei vielmehr, daß sich durch den Vertrag eine konkrete Möglichkeit zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung ergebe. Wann das der Fall sei, lasse sich nicht für alle Verträge generell sagen. Es seien aber stets die konkreten Umstände des jeweiligen Vertrages, sein spezieller Inhalt, die besonderen Verhältnisse bei Vertragsschluß, die Stellung der Vertragsbeteiligten und die jeweilige Markt- und Wettbewerbslage zu berücksichtigen. R a s c h[4] vertritt gegen die h.M. den Standpunkt, es bedürfe im Einzelfall keines besonderen Nachweises der Beeinflussung, da auf Grund wirtschaftswissenschaftlicher Überlegungen und Erfahrungssätze eine Vermutung dafür spreche, daß eine vertraglich vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung die Marktverhältnisse beeinflussen könne.

c) Rule of Reason

Sind die Marktverhältnisse überhaupt beeinflußt, so kommt es auf den Umfang der Marktbe-

1) in WuW 1956,480 (491)
2) Tz 51 zu § 1
3) in WRP 1962, 313 (318/319)
4) Anm.11 zu § 1.Dem hat sich Haberkorn in GRUR 1960,367 (368) angeschlossen. Langen Anm.III 3 zu § 1 bezeichnet die von Rasch verwendete Vermutung als zuweit gehend.

einflussung nicht mehr an. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern vor allem aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber jene Vorschläge des Abgeordneten H ö c h e r l[1] zur Form des § 1 GWB bewußt außer acht gelassen hat, die den Tatbestand durch Einfügung des Attributes "wesentlich" einengen wollten[2]. Dennoch verlangen einige Autoren eine einschränkende Auslegung des Gesetzes und schlagen die Übernahme eines der "rule of reason" entsprechenden Auslegungsgrundsatzes in das deutsche Recht vor[3]. M ö h r i n g spricht in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit einer "auf den Zweck des Gesetzes bezogenen restriktiven Interpretation" und "einer vom wirtschaftlichen her determinierten Ausfüllung rechtlicher Begriffe". Wirtschaftliche Vorgänge könne man nicht einfach in noch so subtil differenzierte Tatbestands-Schablonen pressen. Ein Eingriff des GWB in die Vertragsfreiheit sei nur insoweit zulässig, als er durch den Zweck des Gesetzes gerechtfertigt sei. Nach dem F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r kommen nur fühlbare, also nicht geringfügige Wettbewerbsbeschränkungen für eine Beeinflussung der Marktverhältnisse in Betracht. B e n i s c h und L a n g e n wollen die Bagatellfälle aus dem Anwendungsbereich des § 1 ausschalten. D e r i n g e r stellt auf den Marktanteil ab.

Die in den USA gebräuchliche "rule of reason" begrenzt das Kartellverbot auf wesentliche Be-

1) Protokolle des WPA; Nr. 125, 147, zitiert bei Müller-Gries, Anm.17 zu § 1
2) vgl. den Bericht des Abg.Kurlbaum zu BT Drs.3644, 2.Wp., S.15
3) Entschließung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks vom 9. April 1953 in WuW 1956, 144 (145); Frankf.Kom.Tz 50 zu § 1; Langen Anm.III 3c zu § 1; Nipperdey in DRZ 1950, 193 (196 unter III); Deringer, Grundsatzfragen, S.72; Benisch in Isay-Festschrift S.277 und WuW 1956, 480 (493); Ewald in WuW 1956, 251 (257); Möhring in WuW 1955, 89 (95,96)

schränkungen, d.h., bei der Frage der Verbotswidrigkeit wird auf die wirtschaftliche Vernunft einer Vereinbarung abgestellt. Danach ist - abgesehen von den "per se" verbotenen Tatbeständen der Preis-, Absatz- und Produktionsabsprachen - ein Vertrag und insbesondere eine vertragliche Nebenabrede (ancillary clause) nur dann gesetzwidrig, wenn die Wettbewerbsbeschränkung wesentlich, unvernünftig oder ungerechtfertigt ist (substantial, unreasonable, undue, unjust) oder gemeinschaftswidrige (harmful) Wirkungen zeigt. Die "rule of reason" wurde während der Geltungszeit der Dekartellierungsgesetze auch vom deutschen Gesetzgeber angewendet[1]. Denn die dem amerikanischen Antitrustrecht entnommenen Begriffe waren im deutschen Rechtsleben sowohl dem Gehalt als auch der Technik nach unbekannt, so daß sich aus der fremden Systematik und Formulierung resultierende Auslegungsschwierigkeiten ergaben, die man mit Hilfe der amerikanischen Auslegungsgrundsätze zu beheben suchte.

Nach dem Inkrafttreten des GWB ist für die unmittelbare Anwendung der "rule of reason" jedoch nach überwiegender Meinung kein Raum mehr[2].

---

1) BGHZ 5, 71 (75),126(129);3,193 (198);13,33(40); 16,296 (302). OLG Frankf. vom 13.6.1956 in BB 1956,832/833; OLG München vom 6.12.1955 in WuW 1956,676 (679 r.Sp.); OLG Nürnberg v.12.4. 1956 in WuW 1956,600 (603); OLG Düsseldorf v. 11.11.1955 in BB 1955, 1069

2) BGH, Beschlüsse v. 14.1.1960 -"Kohleplatzhandel"- in WuW/E BGH 369 (372)/WuW 1960,347(350) und v.15.2.1962 -"Ausschreibung für Putzarbeiten II"- in WuW/E BGH 495 (498)/WuW 1963,127 (130); Beschluß des BKA v.25.4.1960 in WuW/E BKartA 191 ff/WuW 1960,577 ff;Müller-H.in Gem. Kom.Anm.25 zu § 1 (S.171); Baumbach-H.,8.Aufl., Anm.53 ff zu § 1; Müller-Gries Anm.28 zu § 1; S.21;Isay in WuW 1954, 100 (105);Büntig in Anm. zum Urt.des BGH "Glasglühkörper" in DB 1960, 384 (385); Würdinger in DB 1953,226;Brugger in UFITA Bd.27, 189 (211); Fikentscher in Anm.zum BGH a.a.O.WuW/E BGH 365 (368)/WuW 1960,343(346); Andreae in WuW 1953,396 (407); Westermann S.20 Anm.16; Mestmäcker in JZ 1953,329(332);Haberkorn in GRUR 1960,367(369);Gleiss in MA 1954 411(412);Frey in WuW 1962,17 ff;Benkendorff in WRP 62,146(148f);Schmitz in NJW 1962,2089(2092)

Diese "Regel der Vernunft" ist nämlich typischer Ausdruck amerikanischen Rechtsdenkens. Das amerikanische Kartellrecht arbeitet überwiegend mit Generalklauseln, so daß es eines gesetzausfüllenden Korrektivs bedarf, um Umgehungsversuche weitgehend zu unterbinden. Dagegen sind im GWB für eine ganze Reihe von Wettbewerbstatbeständen gesonderte Bestimmungen enthalten. Es sind dies die verschiedenen Fälle der Erlaubnis oder der Freistellung vom allgemeinen Kartellverbot. Eines der "rule of reason" entsprechenden Korrektivs bedarf es daher nicht. "Der Wille des Gesetzgebers geht vielmehr eindeutig dahin, kollektive rechtsgeschäftliche Wettbewerbsbeschränkungen, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse zu beeinflussen, nur dann wirksam werden zu lassen, wenn entweder die für eine gesetzliche Freistellung ausdrücklich normierten Voraussetzungen gegeben sind oder die Kartellbehörden eine Erlaubnis erteilt haben"[1].

d) Sachliche Begrenzung

Die durch vertragliche Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussenden Marktverhältnisse werden durch § 1 GWB begrenzt auf solche für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen. Darunter fallen nach der Amtlichen Begründung[2] im wesentlichen alle entgeltlichen Austauschgeschäfte von der Art eines Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- oder Lizenzvertrages, während Abreden über den Abschluß oder Inhalt von Arbeits- oder Dienstverhältnissen nicht erfaßt werden sollen.

Obwohl der Begriff "Ware" im BGB, HGB, UWG, WZG, im Rabattgesetz und in der ZugabeVO erwähnt wird, gibt es weder eine gesetzliche Definition noch eine einheitliche Auslegung in Schrifttum

1) Müller-H. in Gem.Kom.Anm. 25 zu § 1
2) a.a.O., Anm. 3b zu § 1, S.24

ober Rechtsprechung[1]. Im Schrifttum[2] wird teilweise die Begriffsbestimmung der "Ware" in Anlehnung an das HGB vorgenommen, wo im § 1 Abs. II Ziff. 1 im Zusammenhang mit Umsatzgeschäften von beweglichen Sachen das Wort "Waren" in einem Klammerzusatz erwähnt wird. Als Waren werden demgemäß alle beweglichen Sachen bezeichnet, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können. Durch weite Auslegung des Begriffs sollen Wärme, Elektrizität und sonstige Energien erfaßt werden. B a u m - b a c h - D u d e n setzen auch die Rechte den beweglichen Sachen gleich. Gegen diese Ansichten wendet sich H o t h[3]. Der Gesetzgeber habe den Begriff "Ware" in § 1 HGB nur erwähnt, um ein Grundhandelsgewerbe eindeutig zu charakterisieren. Weder aus dieser Bestimmung noch aus anderen Normen sei zu entnehmen, daß hier der Warenbegriff grundsätzlich mit Gültigkeit für alle Rechtsgebiete gekennzeichnet werden sollte. Es entbehre außerdem jeder Logik, die Ware von der Substanzeigenschaft her zu definieren. Die Wareneigenschaft müsse vielmehr nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vom Sprachgebrauch der beteiligten Verkehrskreise her bestimmt werden. Für alle Rechtsgebiete schlägt er folgende einheitliche Begriffsbestimmung vor: "Ware ist jeder körperliche und nicht körperliche Gegenstand, der einen eigenen, in sich geschlossenen wirtschaftlichen Wert und eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit hat, der Gegenstand einer Herrschaft und Verfügung sein kann und der als solcher geeignet ist, im Ge-

1) M.-H. in Gem.Kom. Anm.42 zu § 1
2) Baumbach-Duden Anm.3c zu § 1 HGB;Würdinger in RGR Kom.z.HGB Anm.24 zu § 1; Hagens Anm.10 zu § 1 WZG; Seligsohn Anm.7 zu § 1 WZG. Baumbach-Duden sprechen von beweglichen "Erzeugnissen", und Würdinger begrenzt den Warenbegriff auf solche beweglichen Sachen, die nach der Verkehrsauffassung Gegenstand gewerbsmäßigen Umsatzes sein können
3) in WRP 1956, 261 (262,263)

schäftsverkehr veräußert und erworben zu werden"[1]. Eine weite Auslegung des Begriffs befürworten ferner Müller-Henneberg[2], Baumbach-Hefermehl[3] und Rasch[4]. Im Frankfurter Kommentar[5] dagegen wird der Begriff auf bewegliche Sachen beschränkt. Funke[6] weist schließlich darauf hin, ein regelmäßiger Absatz sei für den Begriff der Ware bedeutungslos.

Auch der Begriff der "gewerblichen Leistung" wird nicht einheitlich gebraucht[7]. In § 1 GWB wird die gewerbliche Leistung neben der Ware genannt. Aus dieser gleichwertigen Gegenüberstellung ergibt sich, daß die gewerbliche Leistung kein die Ware mit einschließender Oberbegriff ist. Vielmehr wird jeder zuwendungsfähige wirtschaftliche Wert, der nicht Ware ist, vom Begriff der gewerblichen Leistung erfaßt[8].

Baumbach-Hefermehl[9] sehen "alle geldwerten Erzeugnisse auf dem Gebiete des gewerblichen Lebens" als gewerbliche Leistung an. Durch die Bezeichnung "Erzeugnis" sollen Leistungen, die in der Verrichtung selbst bestehen, ebenfalls erfaßt werden. Reimer[10] legt den Begriff "im weitesten Sinne" aus. Er umfasse vor allem die Tätigkeiten, die keine Ware, sondern geistige, manuelle, artistische oder konstruktive Leistungen produzieren. Hoth[11] kennzeichnet

---

1) a.a.O.267
2) in Gem.Kom.Anm.42 zu § 1
3) Anm.44 zu § 1 GWB
4) Anm.10 zu § 1 GWB
5) TZ 44 zu § 1
6) S.58
7) Würdinger in RGR Kom.,Anm.4 ff (9) zu § 1 HGB
8) Hoth a.a.O.,S.267
9) Anm.2 zu § 2 UWG, zitiert bei Hoth a.a.O.S.267 r.Sp.
10) Kap.86, XIII, S.648
11) a.a.O. 268

die gewerbliche Leistung als nicht gegenständlich zuwendungsfähigen Wert. Im Unterschied zur Ware, bei der ein Tätigkeitserfolg im Geschäftsverkehr weitergegeben werde, liege das Kriterium der Leistung in einem für einen anderen entfalteten Handeln oder Unterlassen; die Wirkung trete also in der Person dieses anderen ein. Die Leistungswerte beider Begriffe seien infolgedessen völlig verschieden. Der der Ware ruhe im Gegenstand, der der gewerblichen Leistung im Bewirken. Die von ihm vorgeschlagene Definition lautet: "Gewerbliche Leistung ist die Gesamtheit des für einen anderen entfalteten Tuns oder Unterlassens, das eine geschlossene Leistungseinheit darstellt, dessen Erfolg oder wirtschaftliches Ergebnis nicht dem Bewirkenden, sondern demjenigen zufällt, für den das Tun oder Unterlassen bewirkt wird und für das nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise ein Erwerbsinteresse Dritter und deren Bereitschaft festzustellen ist, ein Entgelt zu zahlen oder eine sonstige Gegenleistung zu erbringen"[1].

F u n k e[2] geht bei seiner Definition vom Gewerbebegriff aus und bezeichnet als gewerbliche Leistungen solche, die planmäßig zum Zwecke des Erwerbs mittels kaufmännischer oder technischer Fähigkeiten angeboten werden. Nach dem F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r[3] können gewerbliche Leistungen nur von einem Gewerbebetrieb erbracht werden. Für das GWB gelte der im Handels- und Steuerrecht entwickelte Begriff des Gewerbes entsprechend[4]. Typische Merkmale seien die Selbständigkeit, nachhaltige Tätigkeit, Gewinnabsicht und Beteiligung im allgemeinen Wirtschaftsverkehr.

---

1) a.a.O.S.269, vgl. auch M.-H. a.a.O., in Gem. Kom.Anm.42 zu § 1 und Brugger in MA 1959, 822 (830)
2) S.59, 60
3) TZ 46 zu § 1
4) A.A.BKA in WuW/E B Kart A 50 (52)/WuW 1959 604 (606)

2) Anwendung auf die G E M A

Der Zusammenschluß der Komponisten, Textdichter und Musikverleger in der G E M A könnte nur dann geeignet sein, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse i.S. des § 1 GWB zu beeinflussen, wenn sich der rechtsgeschäftliche Verkehr mit urheberrechtlichen Befugnissen auf einem "Markt für Urheberrechte" abspielen würde. Dann müßten die Aufführungslizenzen aber als Waren oder gewerbliche Leistungen Gegenstand der Marktwirtschaft und des Marktverkehrs sein.

a) Fallen urheberrechtliche Lizenzen unter § 1 GWB ?

Das Wesen des Tonkunstwerkes liegt in der schöpferischen Gestaltung geistiger Werte. Der Vorgang der Schöpfung selbst spielt sich in der Regel in der höchstpersönlichen Sphäre des Urhebers ab. Erst in dem Augenblick, in welchem die geistige Formgebung durch ein Ausdrucksmittel äußere materielle Existenz erlangt, wenn also das immaterielle Produkt seinen Niederschlag in einer verkehrsfähigen Form gefunden hat und das Werk damit zu einem selbständigen Objekt auch Dritten gegenüber wird, kann es Gegenstand sozialer Beziehungen werden.

aa) Geistig-künstlerisches Schaffen und Marktmechanismus

Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung des Gesetzes vom Normalfall des "Verkehrs mit Waren und gewerblichen Leistungen" ausgegangen, welcher sich nach bestimmten ökonomischen Gesetzmäßigkeiten abspielt, wobei Angebot und Nachfrage als Regulator des Marktablaufes fungieren. M ö h r i n g - L i e b e r k n e c h t[1] und T r o l l e r[2] weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, die

1) UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (278)
2) in UFITA Bd.21 (1956/I), 216 (218)

Steuerungsfunktion des Marktmechanismus und des Preises könne auf dem Gebiete des geistig-künstlerischen Schaffens nicht funktionieren. Bedeutende Werke würden häufig erst geraume Zeit nach dem Tode ihres Urhebers in weiten Kreisen bekannt und geschätzt. Auch seien Qualität und Quantität der "Produktion" eines Komponisten unabhängig von Nachfrage und Preissituation. Die Publizität eines Werkes schon zu Lebzeiten des Urhebers bewirke nicht unbedingt eine entsprechende Steigerung der "Produktion" und damit des Angebotes an Werken der gleichen Art durch Dritte.

Es soll nicht verkannt werden, daß die Lebensverhältnisse den Urheber in eine wirtschaftliche Sonderstellung drängen. Muß aber daraus zwingend der Schluß gezogen werden, daß Werke der Tonkunst nicht als "Waren" oder Aufführungslizenzen an solchen Werken nicht als "gewerbliche Leistungen" im urheberrechtlichen Geschäftsverkehr auf den Markt gebracht werden?

Im Tonkunstwerk haben geistige Werte ihren Ausdruck gefunden. Soweit von einem Zweck des Werkes gesprochen werden kann, besteht er darin, diese geistigen Werte der Allgemeinheit zu vermitteln. Die Erreichung dieses Zweckes wird durch den Umstand ermöglicht, daß die Bedürfnisse des Menschen nicht nur materieller, sondern auch geistiger Art sind. "Den Menschen ist die Intensivierung und Erweiterung des seelischen und geistigen Erlebens notwendig"[1]. Ihr kulturelles Bedürfnis geht auf den Erwerb fremder Vorstellungen künstlerischen oder auch nur unterhaltenden Inhalts. Der Interessierte will die Musik, die ihm liegt, als Kulturgut geistig erwerben, um sie zu besitzen. "Ein Tonkunstwerk ist als das Ergebnis individueller schöpferischer Tätigkeit dazu bestimmt, schon

1) Troller in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.17 S.15

durch seinen Gefühlswert auf den Hörer einzuwirken"[1]. Der dem Werk mitgegebene Geist und Gehalt teilt sich den Menschen mit, die ihn in sich aufnehmen und in denen er bestimmte Vorstellungen der Phantasie und Gemütsbewegungen hervorruft. Der Erwerb derartiger Vorstellungen und die Vermittlung eines Stimmungsgehaltes werden durch das Werk ermöglicht und begehrt, weil der seelische und geistige Bereich der Aufnehmenden erweitert wird. Es entsteht infolgedessen für das Werk, da es als Träger geistiger Werte ein taugliches Mittel zur Befriedigung menschlichen Kulturbedürfnisses ist, eine Nachfrage. Wo aber Angebot und Nachfrage vorhanden sind, bildet sich ein Markt und das Werk wird zum Wirtschaftsgut.

Die Tatsache, daß im urheberrechtlichen Geschäftsverkehr die Menge des zur Ausgabe gelangenden Geldes, also die Höhe der Kaufkraft, keinen selbständigen Einfluß auf die Preisbildung ausübt, liegt in der wirtschaftlichen Sonderstellung der Musikwirtschaft begründet, ändert aber nichts an der Tatsache, daß die Werke auf dem Musikmarkt durch Vergabe von Aufführungslizenzen wirtschaftlich verwertet und wie andere Konsumgüter "gehandelt" werden. Auch eine zeitliche Verschiebung von Angebot und Nachfrage, die sich in Ausnahmefällen insbesondere bei klassischen Werken dadurch ergeben kann, daß ein Werk erst nach dem Tode des Urhebers von der Öffentlichkeit als ideelles Genußgut und vom Berechtigten als Einnahmequelle begeht wird, ändert an diesem Prinzip nichts, weil diese Fälle Ausnahmefälle bleiben. Im übrigen ist eine "Gleichzeitigkeit von Angebot und Nachfrage als Entscheid über die Angemessenheit der Leistung"[2] gar nicht erforderlich, wenn auch auf den meisten Gebieten des Wirtschafts-

1) Allfeld S.53
2) Troller in UFITA Bd.21 (1956/I), 216 (218)

lebens die Gegenwart über die Brauchbarkeit einer Leistung das Urteil fällt.

Da dem Urheber in § 11 Abs. 2 LUG das ausschließliche Recht zur Verwertung seiner Tonkunstwerke eingeräumt worden ist, solche Musikverbraucher, die öffentliche[1] Aufführungen gewerbsmäßig[2] veranstalten also gezwungen sind, sich an den betreffenden Urheber bzw. an die Verwertungsgesellschaft zu wenden, sind musikalische Geisteserzeugnisse, die gewerblichen Zwecken nutzbar gemacht werden sollen, nicht in beliebiger Menge verfügbar. Das einzelne Werk steht daher im Knappheitsverhältnis[3] und erfüllt damit ein weiteres Merkmal des wirtschaftlichen Gutes, das in seiner materiellen Bewertung dem Gesetz von Angebot und Nachfrage unterliegt.

bb) Urheberrechtliche Lizenzen im Geschäftsverkehr

Nach B a u m b a c h - H e f e r m e h l soll jedoch nicht jede wirtschaftliche Verwertung eines Gutes den Gesetzen des Marktes unterworfen werden. Die wirtschaftliche Verwertung urheberrechtlicher Nutzungsrechte sei der Verwertung einer Maschine oder eines Rohstoffes nicht gleichzustellen. Sie sei vielmehr Ausdruck einer persönlichen Entscheidung des Rechtsträgers, der damit persönlichkeitsrechtliche Befugnisse ausübe. Urheberrechtliche Nutzungsrechte seien demnach keine Waren oder Leistungen i.S. des § 1 GWB[4].

---

1) Zum Begriff der Öffentlichkeit vgl.Anm.3 auf Seite 9 der Arbeit. Private Musikaufführungen sind weder genehmigungs- noch tantiemepflichtig; zu Abgrenzungsfragen vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik S.108 ff mit weiteren Angaben aus Rechtsprechung und Literatur

2) vgl. § 27 LUG und Schulze, Urheberrecht in der Musik S.98

3) vgl. Ottel in Isay-Festschrift 71 (83)

4) 8.Aufl.,Anm.44 zu § 1.Ebenso Nipperdey in NJW 1953,881 (883);Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29 (1959/III),269 (278); Süß in GN 30 (August 1956), S.6 (8)

Dem kann nicht gefolgt werden.

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß aus einem geistigen Schöpfungsvorgang ein musikalisches Werk entsteht. Die schöpferische Idee wird in einem sinnlich wahrnehmbaren Gebilde fixiert, löst sich von der Persönlichkeit des Urhebers und gewinnt Selbständigkeit. Das Werk ist nunmehr als fertiges Produkt, das in eine verkehrsfähige Form gebracht worden ist, einer selbständigen wirtschaftlichen Verwertung zugänglich und damit geeignet, als Verkehrsgut in den urheberrechtlichen Geschäftsverkehr einzutreten. Das Werk ist nicht mehr nur Ausdruck der Persönlichkeit des Urhebers, es dient vielmehr gleichzeitig dessen wirtschaftlichen Interessen. Die Tatsache, daß das LUG es dem Urheber gestattet, sein musikalisches Werk nicht nur durch Verkauf von Noten und mechanischen Vervielfältigungen, sondern auch durch Vergabe von Aufführungsrechten zu verwerten, rechtfertigt es, auch das Werk selbst als Wirtschaftsgut anzusehen. Das Kammergericht hat dies in einem Urteil vom 7. Oktober 1952, in dem geprüft werden mußte, ob die G E M A den Verbotsvorschriften des Gesetzes Nr. 56 unterliegen könne, wie folgt zum Ausdruck gebracht: "Auch die Verwertung von geistigen Erzeugnissen, sei es musikalischer, literarischer oder sonstiger kunstschaffender Art, gehört zur Wirtschaft i.S. des Gesetzes Nr. 56"[1].

Nun ist in der Amtlichen Begründung[2] zwar klargestellt worden, daß kooperative Bindungen der Arbeitnehmer über die Gestaltung der Lohn- oder Arbeitsbedingungen nicht unter das Gesetz fallen, weil die Arbeit des Arbeitnehmers nicht zu den

---

1) WuW/E OLG 30 (31) = WuW 1953,175 (176) - "Filmmusik" -

2) a.a.O. Anm. 3b zu § 1, S.24; Müller-H. in Gem. Kom.Anm.42 zu § 1, Langen Anm.III 2 zu § 1; Rasch Anm.10 zu § 1; Müller-Gries Anm.20 zu § 1; BKA, Brief v. 6.8.1962 in WuW/E BKartA 502(506)/ WuW 1962, 716 (720)

"gewerblichen Leistungen" gehöre. Daraus können jedoch keine Rückschlüsse[1] für die Mitglieder der G E M A gezogen werden. Denn die Autoren bieten nicht, wie Arbeitnehmer, reine Arbeitsleistungen an, sondern selbständig verwertbare künstlerische Leistungen, die von den Veranstaltern gewerblich genutzt werden können.

Da durch den Berechtigungsvertrag die ausschließliche Befugnis aus § 11Abs. 2 LUG übertragen wird, handelt es sich im Verhältnis der Urheber zur G E M A sicher um eine "Leistung", denn es wird durch Übertragung eines Rechtes eine Vermögensverschiebung bewirkt[2]. Aber auch im Verhältnis der G E M A zu den Musikverbrauchern, in denen durch Aufführungsverträge Lizenzen erteilt werden, stellt sich die Vergabe von Aufführungsrechten als Leistung dar. Denn hier wird ein geschlossener wirtschaftlicher Wert einem Dritten zur Ausnutzung überlassen, mithin "eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse"[3] zugunsten der Veranstalter bewirkt. Diese erhalten für die Zahlung der Aufführungstantiemen ein vermögenswertes Recht, ihnen wird ein nicht gegenständlicher zuwendungsfähiger Wert überlassen. Diese wirtschaftlich bewertbare und in sich geschlossene Leistungseinheit stellt keinen "Tätigkeitserfolg" dar, der als solcher weitergegeben wird[4]. Vielmehr tragen die musikalischen Darbietungen, zu deren Aufführung der Verbraucher im Rahmen von Veranstaltungen berechtigt wird, ihren Wert in sich, und der "Leistungserfolg tritt bei einem Dritten in Gestalt des ästhetischen Genusses oder der künstlerischen Erbauung ein"[5].

---

1) so anscheinend Möhring-Lieberknecht a.a.O.,S.296
2) vgl. Palandt-Gramm,Anm.2 zu § 812
3) Hoth in WRP 1956,261 (267 unter III)
4) Dies ist nach Hoth das Kriterium der Ware, a.a.O.S.268
5) Hoth a.a.O.S.268 r.Sp.

Die "Gewerblichkeit" einer Leistung hängt davon ab, ob sie "für die andere Marktseite einen wirtschaftlichen, in Geld meßbaren Wert" besitzt[1]. Das Interesse der Vertragspartner, die bei der G E M A Musik "kaufen", geht dahin, aus den Aufführungen bei Veranstaltungen Nutzen zu ziehen. Sie sind bereit, dafür die üblichen Tantiemen an den Verein zu entrichten. Es ist also ein objektiv feststellbares Interesse Dritter an der Erlangung der Aufführungslizenzen und ihrer Nutzung festzustellen. Auch ist die Bereitschaft vorhanden, wegen des zu erwartenden finanziellen Vorteilsanfalls für die Überlassung "ein Entgelt zu zahlen oder eine sonstige Gegenleistung zu erbringen"[2].

Zu Unrecht weisen S ü ß[3] und M ü l l e r[4] in diesem Zusammenhang auf § 2 Abs. 1 der G E M A-Satzung hin, in dem festgestellt wird, die Gesellschaft sei nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet. Denn im § 1 GWB kommt es bei dem Begriff "gewerblich" nicht, wie im Handels- und Gewerberecht, darauf an, ob die Leistung "auf Erwerb durch wirtschaftliche Tätigkeit gerichtet ist"[5]. Nicht die Zweckbestimmung für den Leistenden, sondern die Wirkung einer Leistung auf dem Markt, also das Interesse der anderen Marktseite ist entscheidend.

Als Ergebnis kann also festgehalten werden, daß auch eine geistig-schöpferische und künstlerische Leistung, die vom Autor oder einer Verwertungsgesellschaft in den urheberrechtlichen Ge-

---

1) Bartholomeyczik in Gem.Kom. Anm.20 zu § 22, Mestmäcker in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.20, S.38
2) vgl. Hoth a.a.O.S.269
3) in GN Nr. 30 (August 1956),6 (8)
4) S.47
5) Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.20 zu § 22; Müller-H.in Gem.Kom.Anm.5 zu § 1; Baumbach-H., 8.Aufl.,Anm.44 zu § 1; Hoth in WRP 1956,261 (267,268) Mestmäcker a.a.O.S.38; A.A.Amtl.Begr. zu § 73 (jetzt § 98), zitiert bei Langen Anm. A II 1 zu § 98; Frankf.Kom.Tz 46 zu § 1; Müller-Gries Anm.2 zu § 98

schäftsverkehr gebracht wird, als selbständiger Vermögensträger in der Form einer Aufführungslizenz Objekt gewerblicher Maßnahmen und damit zu einer "gewerblichen Leistung" i.S. des § 1 GWB werden kann[1]. Diese gewerbliche Leistung ist Gegenstand der von den Veranstaltern geltend gemachten Nachfrage, die von den Autoren bzw. der Verwertungsgesellschaft befriedigt wird. Der Treffpunkt der wirtschaftlichen Interessen der Musikverbraucher einerseits und der Urheber bzw. der G E M A andererseits ist der Markt für musikalische Aufführungsrechte.

b) Auswirkungen der G E M A auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte

Der Zusammenschluß der Urheber und Verleger in der G E M A kann sich nur in einer Beeinflussung der M a r k t v e r h ä l t n i s s e für urheberrechtliche Nutzungsrechte auswirken. Eine Beeinflussung der E r z e u g u n g scheidet aus. W a w r e t z k o weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, der Urheber werde durch seinen Beitritt zur G E M A keineswegs daran gehindert, weiterhin künstlerisch und geistig zu schaffen. Die "Produktion" des einzelnen Mitgliedes werde daher nicht gedrosselt[2].

Die Autoren haben mit der Gründung einer Verwertungsgesellschaft ihre wirtschaftliche Betätigung gegenüber dem Musikmarkt koordiniert[3]. Die

1) vgl.auch Brugger in UFITA Bd.27 (1959 I),189 (225); Greuner S.48,Grundmann in NJW 1954,297 (298) und Mestmäcker S.38
2) UFITA Bd.31 (1960/II), 287 (303)
3) Hinsichtlich der Auffassungen, wonach durch die Gründung der GEMA erst ein "Markt für musikalische Aufführungsrechte" geschaffen wird (Möhring-Lieberknecht a.a.O.S.297,Wawretzko a.a.O. S.304;Greuner S.58;Urt.des KG vom 12.Juni 1953 in GRUR 1954,525/527/),kann auf die Ausführungen auf Seite 94f der Arbeit verwiesen werden. Auch vor Bestehen der Verwertungsgesellschaften bestanden solche Märkte. Die räumliche Begrenzung dieser Marktgebiete spielt für das Merkmal der "Beeinflussung" keine Rolle.

Wirkung auf der anderen Marktseite ist offensichtlich.

Die gewerblichen Musikverbraucher sind im Interesse der Belebung ihres Geschäftsbetriebes auf die Veranstaltung musikalischer Darbietungen mehr oder weniger stark angewiesen. Auf Grund der von den Mitgliedern der G E M A gewählten Satzungsgestaltung - dingliche Vollrechtsübertragung - werden sie aber zum Vertragsschluß unter den von der G E M A - die, von einigen Ausnahmen abgesehen, das gesamte moderne Musikrepertoire verwaltet - vorgeschriebenen Bedingungen gezwungen. Dem Werknutzer verbleibt nur noch die Möglichkeit, sich zur Erlangung der Aufführungserlaubnis an die Verwertungsgesellschaft als "Absatzorganisation" zu wenden, es sei denn, er beschränkt sich auf die Wiedergabe gemeinfreier oder gemeinfrei gewordener Musik, was jedoch nach dem breiten Publikumsgeschmack für die meisten der in Frage kommenden Betriebe nicht in Betracht kommen wird. Der einzelne Veranstalter ist nicht mehr in der Lage, auf Grund seiner kaufmännischen Fähigkeiten günstigere Bedingungen bei den Urhebern selbst auszuhandeln und im Wege von Einzelabsprachen auf den Preis zu drücken[1]. Entweder unterwirft er sich den Vertragsklauseln der G E M A, oder er muß auf die Aufführung geschützter Musikwerke verzichten, denn eine Ausweichmöglichkeit, etwa zu nicht gebundenen Autoren, besteht praktisch nicht. Der im § 2 Abs. 2 der G E M A-Satzung verankerte Kontrahierungszwang, auf den S ü ß[2] hinweist, vermag deshalb an diesem Ergeb-

1) Die zwischen der GEMA und einzelnen Großverbrauchern vereinbarten Sondertarife (vgl.Schulze,Urheberrecht in der Musik,Anhang 17) vermögen daran nichts zu ändern.Zu Recht weist Greuner (S.57) darauf hin, daß diese Sondertarife das Preisniveau zwar generell senken können, daß sie aber keinen sich aus Angebot und Nachfrage ergebenden Unterschied zwischen den einzelnen zur Verwertung angebotenen Rechten erzeugen.

2) in GN Nr. 30 (August 1956), 6 (9)

nis nichts zu ändern.

Den Vorteilen, die durch die Gründung einer Verwertungsgesellschaft den Musikverbrauchern erwachsen und auf die im Zusammenhang mit Fragen des Kartellrechts immer wieder hingewiesen wird, steht insoweit ein nicht zu übersehender Nachteil gegenüber: die wirtschaftliche Betätigung der Veranstalter wird infolge der in den Berechtigungsverträgen enthaltenen Übertragung zu Vollrecht beeinträchtigt, da ihre Erfolgschancen durch Beseitigung der Ausweichmöglichkeiten auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte verringert sind. Sie befinden sich nicht mehr in der Situation frei wählender, ungebundener Marktteilnehmer. Die Freiheit in der Gestaltung der Geschäftsbedingungen auf der Seite der Veranstalter, die nach dem Zielen des GWB im weitesten Sinne gewahrt bleiben soll, ist aufgegeben. Diese Auswirkung des Zusammenschlusses erfüllt das Tatbestandsmerkmal der "Marktbeeinflussung".

V) Selbständigkeit

Als Ergebnis der Untersuchung kann bisher festgehalten werden, daß der Zusammenschluß der Urheber in der G E M A eine Wettbewerbsbeschränkung unter diesen herbeiführt, die geeignet ist, die Marktverhältnisse für den Verkehr mit urheberrechtlichen Aufführungslizenzen im Sinne des § 1 GWB zu beeinflussen.

Um den Kartellcharakter der G E M A bejahen zu können, muß jedoch noch ein weiteres Erfordernis erfüllt sein, das zwar ausdrücklich in § 1 GWB nicht erwähnt ist[1)], dessen Notwendigkeit sich jedoch aus dem Wesen des Kartellver-

1) anders im österreichischen Kartellgesetz, das für ein Kartell u.a. einen Zusammenschluß von wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmen voraussetzt; vgl.Neumann in WuW 1957, 562 (563)

trages und der Gegenüberstellung zu anderen Organisationsformen ergibt: Das Fortbestehen der s e l b s t ä n d i g e n Unternehmereigenschaft auch nach dem Zusammenschluß[1].

1) Abgrenzungsfragen

Die sich in einem Kartell vereinigenden Unternehmer bezwecken nicht den Betrieb einer gemeinschaftlichen Unternehmung unter einheitlicher Oberleitung oder gar eine Fusion, also die Verschmelzung mehrerer Unternehmungen zu einem neuen. Der Zweck eines Kartells ist es vielmehr, durch Regelung des Marktverhaltens für die Vertragspartner günstigere Bedingungen auf dem Markt zu schaffen. Diesen Zweck sucht das Kartell dadurch zu erreichen, daß es die selbständigen und selbständig bleibenden Mitglieder unter gegenseitiger Anerkennung persönlicher Gleichberechtigung zusammenschließt und zur Einhaltung der von ihm zu treffenden Maßnahmen vertraglich verpflichtet. Die Tätigkeit des Einzelnen soll nicht einem übergeordneten fremden Willen unterstellt werden. Vielmehr drückt die zum Wesen des Kartells gehörige Beschränkung des Wettbewerbs lediglich die Unterordnung der Kartellmitglieder unter den gemeinschaftlichen Willen aller aus.

Hier wird der Unterschied zu anderen wirtschaftlichen Zusammenschlüssen deutlich. Während sich in Kartellverträgen oder vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen sonstiger Art, wie sie das GWB in den §§ 1 und 15 ff regelt, selbständige Unternehmer oder Einzelunternehmen lediglich zu einem wettbewerbsbeschränkenden Tun oder Unter-

1) Müller-H. in Gem.Kom.Vorbem. 1 zu § 1; Baumbach-H., 8. Aufl., Anm.15, 16 zu § 1; Frankf. Kom. Tz 38 zu § 1

lassen verpflichten[1], stellen sich Unternehmenszusammenfassungen wie etwa der Konzern oder eine Fusion als wirtschaftliche Einheiten, als Gesamt- oder Kollektivunternehmungen dar, auf die der Zweckgedanke des § 1 GWB, zu verhindern, daß Unternehmen auf ihre individuelle Entscheidungsfreiheit verzichten und dadurch den Markt beeinflussen, nicht zutrifft. Solche Unternehmenskonzentrationen werden vielmehr gerade dadurch gekennzeichnet, daß die angeschlossenen Unternehmen zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht auf ein Eigenleben verzichten müssen[2]. So geht bei der F u s i o n als einer Verschmelzung mehrerer Unternehmen zu einem neuen die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Einzelunternehmen verloren. Soweit es sich dabei um juristische Personen oder die ihnen angenäherten Personengesellschaften handelt, erfolgt der Zusammenschluß ohne Aufrechterhaltung der eigenen Rechtspersönlichkeit; im Falle eines Zusammenschlusses natürlicher Personen wird eine Personal- bzw. Kapitalgesellschaft unter eigener Firma zur Fortführung der verschmolzenen Unternehmen gegründet. Die so verschmolzenen Unternehmen bilden rechtlich und wirtschaftlich nur noch e i n Unternehmen. Die Mitglieder eines K o n z e r n s behalten zwar ihre rechtliche Selbständigkeit[3], bilden aber ein in wirtschaftlicher Hinsicht einheitlich geleitetes Gesamtunternehmen und sind insoweit von der Konzernspitze abhängig, deren interne Weisungen sie zu befolgen haben. Wirtschaftliche Erfolge werden daher auch nicht den

---

1) Bei der Prüfung der Selbständigkeit interessieren nur die Verhältnisse der Kartellmitglieder, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschluß stehen. Die für § 1 GWB geforderte Selbständigkeit schließt deshalb nicht aus, daß das Kartellmitglied in einem außerhalb der Kartellsphäre liegenden Bereich unselbständig ist, vgl. dazu Callmann Anm.27 zu § 1 KartVO

2) vgl. Baumbach-H., 8.Aufl.,Anm. 16 zu § 1

3) vgl. § 15 AktG

angeschlossenen Unternehmen, sondern dem Konzern als Unternehmenseinheit zugerechnet.

Im Gegensatz zu diesen Unternehmenszusammenfassungen, die eigene Gewinne erzielen und deren typisches Merkmal die Subordination der angeschlossenen Unternehmen ist, gehört es zum Wesen des Kartells, daß es nicht den Interessen des Kartellverbandes, sondern den Interessen der einzelnen Kartellmitglieder dient. Im Kartell sollen keine selbständigen Gewinne oder Vorteile für den gemeinsamen Verband erzielt, sondern es soll die Rentabilität der einzelnen Mitglieder erhöht und gesichert werden[1]. Zu diesem Zweck treffen die Kartellpartner wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Solche Vereinbarungen binden das einzelne Kartellmitglied aber nur in ganz bestimmten Beziehungen, etwa hinsichtlich des Preises oder Absatzes. Hingegen wird die rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit des Einzelunternehmens nicht berührt. Anders als die erwähnten Unternehmenskonzentrationen, innerhalb derer die angeschlossenen Einzelunternehmen ihre wirtschaftliche bzw. rechtliche und wirtschaftliche Autonomie zu opfern gezwungen sind, bleiben die Unternehmen eines Kartells auch nach ihrem Zusammenschluß unter ihrer ursprünglichen Rechtsform bestehen. Privatpersonen führen ihren Betrieb wie bisher nach eigenem und freiem Ermessen weiter. Sie werden nicht in eine neu zu bildende Personal- oder Kapitalgesellschaft eingegliedert, sondern bleiben innerhalb des Kartellverbandes rechtlich unabhängige Einzelunternehmen. In allen das Schicksal ihres Betriebes betreffenden Beziehungen verbleibt den Kartellvertragspartnern grundsätzlich die freie Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis[2], mithin die freie wirtschaftliche Willensbildung und selbständige Leitung. Die Mitglieder

1) vgl. Huber 1.Bd. S.286 unter 2c und Staudinger-Geiler, 10.Aufl., Anh. §§ 705 ff, Anm.86
2) vgl. Callmann S.30, Anm. 18 zu § 1

eines Kartells bestimmen auch nach dem Zusammenschluß weiterhin den Zweck ihres Unternehmens und die Mittel und Wege, auf denen dieser Zweck erreicht werden soll[1]. Das Kartell gleicht insoweit "einem Staatenbund, bei dem die Mitglieder ihre Souveränität behalten und sich nur vertraglich gewissen Beschränkungen unterwerfen"[2].

Während das Kartell die gegensätzlichen Interessen seiner Mitglieder nicht aufhebt, sondern den gegenseitigen Wettbewerb dämpft und regelt und im übrigen die Konkurrenz der angeschlossenen Unternehmen unberührt läßt[3], ist im Konzern ein Wettbewerb der einzelnen Mitglieder undenkbar. Hier werden die Wirkungen, die in einem Kartell durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen bewirkt werden, dadurch erreicht, daß das herrschende Unternehmen über die Organe der angehörigen Unternehmen auf diese einwirkt. Es bedarf daher keiner Vereinbarung; vielmehr ist das herrschende Unternehmen in der Lage, einseitig seinen Willen durchzusetzen. "Wettbewerbsbeschränkungen" im Verhältnis der Konzernunternehmen zueinander sind infolgedessen keine Wettbewerbsbeschränkungen i.S. eines freiwilligen Verzichts auf bestimmte Arten des Marktverhaltens (§ 1 GWB), sondern "lediglich Modifizierungen im Rahmen eines einheitlichen Lenkungsplanes"[4].

Nach K a r t t e[5] wird dem alten Grundsatz, daß das Kartell eine Verbindung zwischen wirtschaftlich selbständigen und selbständig bleiben-

1) Lucas in KR 1927, 4 (7)
2) Isay, Studien S.9
3) vgl. Staudinger-Geiler, 10.Aufl., Anh.§§ 705 ff, Anm.86
4) Frankf.Kom. Tz 38 zu § 1; vgl.ferner Müller-H. in Gem.Kom.Vorbem. 1 zu § 1; Baumbach-H.,8.Aufl. Anm. 16 zu § 1; Staudinger-Geiler a.a.O; Huber 1.Bd. S.417 ff; Neumann in WuW 1957, 562 (563)
5) in WuW 1963, 565 (575)

den Unternehmen sei, über die Auslegung des Begriffs "Beschränkung des Wettbewerbs" in § 1 GWB wieder Geltung verschafft. Dieses Merkmal ermögliche eine im Prinzip klare Abgrenzung der Kartellbindung von den Zusammenschlußformen des § 23 GWB, die alle den Bestand der zu selbständigem Handeln fähigen Unternehmen beeinträchtigten und daher ihrem Wesen nach keine "Beschränkung des Wettbewerbs" seien. Demgegenüber meint W ü r d i n g e r[1], der prinzipielle Unterschied zwischen den Tatbeständen der §§ 23 und 1 GWB bestehe darin, daß zum Kartellbegriff des § 1 GWB der von den Unternehmen verfolgte "gemeinsame Zweck" gehöre. Von einem "gemeinsamen Zweck" könne nämlich nur gesprochen werden, wenn die sich zusammenschließenden Unternehmen noch einen eigenen Willen haben könnten, wenn sie mithin wirtschaftlich selbständig seien und blieben. Hingegen seien die Tatbestände des § 23 GWB dadurch gekennzeichnet, daß die angeschlossenen Unternehmen aufhörten, wirtschaftlich selbständig zu sein, da sie eines eigenen Willens nicht mehr fähig seien[2]. Von der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Kartellvertragspartner geht auch N e u m a n n[3] aus. Im Hinblick auf §§ 15 AktG, 22 Abs.5 GWB sei dem Tatbestandsmerkmal "Unternehmen" in § 1 GWB eine typisch wettbewerbsrechtliche Bedeutung zu geben. Wenn G ü n t h e r[4] ausführt, ein Kartell liege nur dann vor, wenn neben drei weiteren Tatbestandsmerkmalen auch die Voraussetzung erfüllt sei, daß die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen "selbständigen Unternehmen" getroffen wurde, so

---

1) in WuW 1961, 745 (746)
2) AA Kartte in WuW 1963, 565 (572 Anm.38) unter Hinweis darauf, daß nicht jeder Zusammenschluß i.S. des § 23 GWB zu einer Subordination des einen unter den anderen Beteiligten führe. Als Beispiel führt Kartte das Gemeinschaftsunternehmen an, dem ein Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt.
3) in WuW 1957, 562 (564); ebenso Frankf.Kom. Tz 38 zu § 1 und Greuner S.52, 53
4) MA 57, 35 (36)

muß nach dem ganzen Sinnzusammenhang seiner Abhandlung davon ausgegangen werden, daß er damit ebenfalls eine wirtschaftliche Selbständigkeit fordert.

Demgegenüber hat der B G H in seinem "Glasglühkörper"-Urteil festgestellt, auf das Merkmal der Selbständigkeit komme es insoweit nicht an, als es sich um die wirtschaftliche Unabhängigkeit handele.[1] B r u g g e r[2], der als Kennzeichen der Wettbewerbsbeschränkung die "Beseitigung der selbständigen Willensbildung bei der Aufstellung von Wirtschaftsplänen" ansieht, scheint gleichfalls für das Unternehmen i.S. des § 1 GWB eine wirtschaftliche Selbständigkeit nicht für erforderlich zu halten. M ü l l e r - H e n n e b e r g stellt zwar zunächst fest, im Rahmen des § 1 GWB komme es auf die wirtschaftliche Selbständigkeit nicht an, vielmehr sei wesentlich nur die rechtliche Unabhängigkeit, da Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts nur zwischen juristisch selbständigen Rechtssubjekten getroffen werden könnten. Wenn er aber unter Hinweis auf §§ 15 AktG und 22 Abs.5 GWB weiterhin ausführt, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen könnten rechtlich selbständige Unternehmer jedoch nur dann miteinander abschließen, wenn weder der eine Vertragspartner vom anderen noch beide von einem dritten Unternehmer wirtschaftlich abhängig seien, so fordert er damit sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche Unabhängigkeit[3]

---

1) Urt.v.26.10.1959 in WuW/E BGH 359 (360 f,365)/ WuW 1960,295 (296 f,300) mit zust.Anm.von Fikentscher in WuW/E BGH 365/ WuW 1960,343.Nach dem dem Urteil des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt nimmt eine GmbH nach dem Kriege über eine mit einem anderen Unternehmen unterhaltene Herstellungs- und Vertriebsgemeinschaft weiterhin am Wirtschaftsverkehr teil

2) in WuW 1959, 159 (166)

3) Ebenso Huber 1.Bd. S.286, Fricke S.56 f u.Funke S. 14,21. So auch die h.M. im früheren deutschen Kartellrecht, vgl.dazu die Literaturhinweise bei Lukes,Kartellvertrag S.77,Fußnote 83

2) Die Selbständigkeit der G E M A -Mitglieder

Wie steht es nun im Hinblick auf die Mitglieder der G E M A um dieses Merkmal? Besitzen auch sie nach ihrer Eingliederung in den Verein noch jene Selbständigkeit gegenüber den Bindungen, die sich aus Satzung, Berechtigungsvertrag und Beschlüssen ergeben, wie sie im Gegensatz zu den erwähnten Organisationsformen für das Kartell typisch ist?

Es darf hier vorausgeschickt werden, daß sich die Selbständigkeit im kartellmäßigen Sinne, wie sie oben geschildert wurde, in der Praxis mancherlei Abwandlungen gefallen lassen muß, sei es, daß der Unternehmer mit fremder Betriebseinrichtung arbeitet oder sich in seinen geschäftlichen Beziehungen vertragsmäßigen Verpflichtungen unterwirft[1].

S c h u l d r e c h t l i c h e Bindungen können jedoch die Selbständigkeit eines Unternehmers nicht in einer die Kartellunfähigkeit begründenden Weise beschränken, geschweige denn ausschließen. Würde man nämlich eine solche Folgerung zulassen, so könnten gar keine selbständigen Unternehmen existieren, weil einerseits der Unternehmer schon auf Grund seiner wirtschaftlichen Betätigung zu dauernden Vertragsschlüssen gezwungen und die Übernahme freiwilliger Verpflichtungen für ihn geradezu charakteristisch ist, andererseits aber j e d e m Vertrag eine Beschränkung innewohnt.

1) vgl. auch Huber S.286, der zu dem Schluß kommt, die Selbständigkeit und Gleichordnung der Kartellbeteiligten seien oft schon deshalb formaler Natur, weil der gemeinschaftliche Wille aller in der Regel durch Mehrheitsbeschlüsse gebildet und die Minderheit somit vom Willen der Mehrheit abhängig werde.

Die Bindungen der G E M A -Mitglieder gehen jedoch über obligatorische Verpflichtungen weit hinaus. Denn für die Urheber wird im Berechtigungsvertrag nicht nur eine schuldrechtliche Enthaltungspflicht, d.h. eine Verpflichtung, sich selbst der Verwertung ihrer Werke zu enthalten, begründet. Auch erteilen die Urheber mit ihrem Beitritt nicht lediglich ihre Einwilligung zur Einziehung der Tantiemen durch die G E M A, die in diesem Falle nur Kontroll- und Inkassofunktionen wahrzunehmen hätte, während die Verwertungsrechte selbst weiterhin den Urhebern zuständen. Vielmehr überträgt der Autor im Wahrnehmungsvertrag seine Nutzungsrechte mit ausschließlicher Wirkung, also der Substanz nach. Die G E M A wird volle Rechtsinhaberin und kann frei über die Rechte des Urhebers verfügen. Nur im Innenverhältnis ergeben sich Bindungen aus dem Zweck, zu dem die Übertragung erfolgt; die G E M A ist gemäß § 2 Abs. 2 der Satzung treuhänderisch gebunden.

Diese unbeschränkte Übertragung zu Vollrecht mit dinglicher Wirkung in der Form einer echten fiduziarischen Zession zugunsten der G E M A nimmt dem Urheber jegliche Möglichkeit, sich neben der Gesellschaft durch Vergabe von Aufführungslizenzen an die Veranstalter auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte aktiv wirtschaftlich zu betätigen, weil ihm die Verwertungsbefugnisse rechtlich nicht mehr zustehen. Der einzelne Autor hat sich auch jeder Einwirkung auf die Verwertung, insbesondere die Gestaltung der Preise und Gebühren für die Überlassung der Rechte an die Musikverbraucher zu enthalten. Die G E M A hat als Träger der ausschließlichen Nutzungsrechte nicht nur ein Verbotsrecht gegen Dritte, sondern auch gegen den Urheber selbst.

Gemäß § 2 Abs. 1 der Satzung beziehen sich die Wahrnehmungsverträge mit der G E M A nicht nur auf bereits bestehende, sondern auch auf die aus späterem Werkschaffen des Urhebers erwachsenden Rechte. Auch hinsichtlich dieser erst in Zukunft zur Entstehung gelangenden Rechte wird für den einzelnen Urheber nicht lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung auf die Gesellschaft begründet. Vielmehr ist anerkannt, daß der Übertragung des Verwertungsrechtes an einem erst künftig vom Urheber zu schaffenden Werk im Zeitpunkt der Gründung der Verwertungsgesellschaft bzw. des Beitritts des einzelnen Mitglieds mit Abschluß des Berechtigungsvertrages bereits dingliche Wirkung zukommt. Das bedeutet, daß sich mit Fertigstellung eines neuen Musikstückes der Übergang der Verwertungsrechte auf die G E M A unmittelbar vollzieht[1].

Diese in den Wahrnehmungsverträgen der Urheber mit der Gesellschaft enthaltene Übertragung zu Vollrecht bewirkt den Verlust sowohl ihrer rechtlichen als auch wirtschaftlichen Selbständigkeit. Denn es werden nicht nur bestimmte Verhaltensweisen, die die wirtschaftlich-unternehmerische Seite der Urhebertätigkeit betreffen, vertraglich festgelegt. Der Einzelne begibt sich vielmehr rechtlich all seiner Verwertungsbefugnisse; ihm geht auch die Freiheit der Wirtschaftsplanung verloren. Der Wille und das Ermessen der Urheber in der Verfügung über ihre Rechte werden ausge-

1) vgl. das Urteil des RG v.5.April 1933 in RGZ 140 231(251 f) u.Ulmer, Urheberrecht, § 65 II 3, S.289; das RG hat in seiner Entscheidung ausgeführt, die bei der Übertragung künftiger Rechte im Interesse der Verkehrssicherheit erforderliche Bestimmtheit sei insoweit gegeben, als die Werke von den Urhebern während der Dauer ihrer Mitgliederschaft geschaffen würden. Die persönliche Verbundenheit zwischen dem Urheber und seinem Werk ermögliche im Verein mit der Zeitspanne, innerhalb derer das Werk geschaffen sein müsse (Mitgliedschaft) unschwer eine nähere Bestimmung

schaltet. Das einzelne Mitglied hat nicht mehr die Möglichkeit, bei der Vergabe von Aufführungsrechten mit den Veranstaltern zu den von ihm auf Grund selbständiger Überlegungen festgelegten Bedingungen zu kontrahieren. Er darf mit seinem Angebot auf dem Musikmarkt überhaupt nicht mehr in Erscheinung treten. Durch diese in den Berechtigungsverträgen begründete Aufgabe der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Urheber werden die Grundlagen ihrer - in der Verwertung der Nutzungsrechte liegenden - wirtschaftlich-unternehmerischen Tätigkeit gleichermaßen dinglich erfaßt und im ganzen auf das zu diesem Zweck geschaffene gemeinschaftliche Organ übertragen[1]. Dem Urheber verbleibt als unselbständiger Teil seiner wirtschaftlichen Funktion nicht einmal eine werbende Tätigkeit auf dem Markt, da sich die Werbung im urheberrechtlichen Bereich in der Regel auf die Einwirkung des der Öffentlichkeit zugänglich gemachten und dem Publikum durch Kritiken nahegebrachten Werkes beschränkt[2].

Nun werden zwar die urheberrechtlichen Nutzungsrechte, die allein zum Schutze des Autors, insbesondere seiner ideellen Interessen, nicht ausreichen, durch persönlichkeitsrechtliche Befugnisse ergänzt, die aus dem Urheberrecht fließen und dem Autor auch nach der Übertragung der Verwertungsrechte auf die G E M A in vollem Umfange verbleiben. Eine abschließende gesetzliche Regelung haben diese Persönlichkeitsrechte, deren Aufzählung hier nur beispielhaft erfolgen soll, nicht gefunden. §§ 9 und 14 LUG ergeben, daß der Urheber Änderungen seines Werkes, des Werktitels und der Urheberbezeichnung entgegentreten und daß ihm unter bestimmten Voraussetzungen ein Bear-

1) vgl. hierzu Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29 (1959/II), 269 (295) und Mestmäcker in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.20, S.37
2) vgl. Wawretzko in UFITA Bd.31 (1960/II), 287 (299)

beitungsrecht vorbehalten ist. Des weiteren kann der Autor u.a. gegen Verstümmelungen und sinnentstellenden Wiedergaben seines Tonkunstwerkes einschreiten[1] und bei öffentlichen Aufführungen Nennung seines Namens verlangen[2]. Schließlich wird dem Urheber das Recht zugestanden, seine auf die G E M A übertragenen Verwertungsbefugnisse, soweit es zur Wahrung seiner persönlichen Interessen erforderlich ist, zurückzurufen oder zu widerrufen[3]. Zum Widerruf ist der Autor unabhängig von den im Berechtigungsvertrag und in der Satzung vorgesehenen Fristen berechtigt, wenn ihm die weitere Verwertung seines Werkes durch die G E M A aus schwerwiegenden in seiner Person liegenden Gründen objektiv nicht mehr zumutbar ist[4]. Ein sogenanntes Rückrufrecht wird dem Urheber dann zugebilligt, wenn seine Interessen durch Nichtausübung der übertragenen Rechte seitens der Verwertungsgesellschaft verletzt werden. Für die G E M A ergibt sich aus dem mit dem Urheber abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag, der der Rechtsübertragung zugrunde liegt, eine Verpflichtung zur Vergabe von Aufführungslizenzen (§§ 662, 675 BGB). Würde diese Verpflichtung von der G E M A nicht eingehalten, so müßte jedes

---

1) vgl. Ulmer, Urheberrecht, § 59 S.269 ff und Hubmann, Urheberrecht, § 42 I 1 S.146
2) vgl. Ulmer, Urheberrecht, § 58 II 1 S.268,269
3) vgl. Ulmer, Urheberrecht, § 56 III S.262 ff und Hubmann, Urheberrecht, § 41 V S.174 f
4) Für das Verlagsrecht gewährt § 35 VerlG dem Verfasser ein Rücktrittsrecht bis zum Beginn der Vervielfältigung, wenn sich Umstände ergeben, die bei Abschluß des Vertrages nicht vorauszusehen waren und den Verfasser von der Herausgabe des Werkes zurückgehalten hätten. Beispiele sind etwa neuere wissenschaftliche Erkenntnisse eines anderen Autors, Änderung der eigenen Überzeugung oder politische Wandlungen. Der Widerruf wird heute auch nach Beginn der Vervielfältigung zugelassen. Über den in § 35 VerlG geregelten Fall hinaus kann sich nach allgem.Ansicht aus dem Persönlichkeitsrecht auch bei anderen Urheberrechtsverträgen ein Widerrufsrecht für den Urheber ergeben, mit dessen berechtigter Ausübung das übertragene Recht automatisch an den Autor zurückfällt; vgl. Ulmer und Hubmann a.a.O.

Mitglied die Möglichkeit erhalten, ohne Bindung an die Dreimonatsfrist des § 9 der Satzung, das übertragene Recht zurückzuerhalten, um selbst wieder verwertend tätig werden zu können[1].

Diese Persönlichkeitsrechte, die stärker als Nutzungsrechte an die Person des Urhebers gebunden sind und daher trotz der unbeschränkten Übertragung der Verwertungsbefugnisse auf die G E M A "im Banne des Urhebers"[2] bleiben, dienen jedoch vorwiegend dem Schutz der geistig-ideellen Interessen des Autors. Auch in ihren mittelbaren Auswirkungen - zu denken ist etwa an Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte - vermögen sie daher im Ergebnis an der durch die Übertragung zu Vollrecht bewirkten Unselbständigkeit des Autors nichts zu ändern. Dies gilt auch für das Rückrufrecht des Urhebers, das diesem ja gerade die Möglichkeit verschaffen soll, durch Wiedererlangung des Vollrechts - und damit der wirtschaftlichen und rechtlichen Unabhängigkeit - selbst wieder verwertend auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte tätig zu werden. Den bei dem einzelnen Mitglied verbleibenden Persönlichkeitsrechten kommt nach allem bei der Beurteilung der Unabhängigkeit des Urhebers i.S. des § 1 GWB keine Bedeutung zu.

Schließlich ändert auch § 9 der Satzung, wonach die Mitglieder der G E M A die Möglichkeit haben, den Berechtigungsvertrag innerhalb bestimmter Fristen zu kündigen und so die volle Selbständigkeit wiederzuerlangen, am Ergebnis nichts. Denn die dingliche Vollrechtsübertragung bewirkt gerade

---

1) Im Verlagsrecht kann der Verfasser gem.§ 32 VerlG nach Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten, wenn der Verleger seine Pflicht zur Vervielfältigung und Verbreitung verletzt. Für den Berechtigungsvertrag des Urhebers mit der GEMA ließe sich ein Rücktrittsrecht aus § 326 BGB ableiten, vgl. Ulmer und Hubmann a.a.O.

2) Ulmer, Urheberrecht, S.290

bis zum Ausscheiden des Mitgliedes - also innerhalb der hier relevanten Zeiträume - daß die wirtschaftlich-unternehmerische Seite seiner Tätigkeit ausschließlich durch die GEMA ausgeübt und damit sowohl die rechtliche als auch die wirtschaftliche Unabhängigkeit beseitigt wird.

VI) Ergebnis

1) Die GEMA ist kein Kartell

Die Urheber besitzen nach allem im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit bei der Vergabe von Aufführungsrechten die Unternehmereigenschaft i.S. des § 1 GWB. Die zwischen der Gesellschaft und den Autoren geschlossenen Berechtigungsverträge enthalten auch eine Wettbewerbsbeschränkung, die geeignet ist, die Marktverhältnisse für den Verkehr mit urheberrechtlichen Aufführungslizenzen zu beeinflussen. Da aber nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre zum Kartellbegriff als weiteres wesentliches Merkmal die Selbständigkeit der Kartellvertragspartner gefordert wird - sei es die rechtliche, wirtschaftliche oder rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit - kann die GEMA nicht dem § 1 GWB unterstellt werden. Denn den Urhebern geht mit dem Eintritt in die G E M A durch Abschluß des Wahrnehmungsvertrages sowohl die rechtliche als auch die wirtschaftliche Selbständigkeit verloren.

Zum gleichen Ergebnis führt die Anwendung der Kartelldefinition von L u k e s auf die G E M A. In seinem "Kartellvertrag" umschreibt er das Kartell als

"Vertrag über Produktions- oder Absatzeinteilungen oder Regelaufstellungen für gewerbliche Güter oder Leistungen, der geeignet ist, die Positionen Dritter beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften zu verschlechtern und dadurch

deren freie wirtschaftliche Betätigung zu beeinträchtigen"[1].

Zwei Wesensmerkmale des Kartells treten bei dieser Definition hervor: die Willensübereinkunft unter den Kartellbeteiligten und die Außenwirkungen, die von der Willenseinigung auf daran Unbeteiligte ausgehen. Die Willensübereinkunft[2] charakterisiert Lukes als mehrseitiges Rechtsgeschäft[3], das geeignet ist, Reflexwirkungen hervorzubringen. Den Vertrag kennzeichnet, daß keine Leistungspflicht begründet oder Rechte übertragen werden[4]. Die Kartellbeteiligten setzen vielmehr bei den produktions- und absatzeinteilenden Kartellen lediglich die Quoten für die Produktion des Einzelnen, das Absatzgebiet der Beteiligten usw.[5] fest und bestimmen bei den regelaufstellenden Kartellen die Preise, Konditionen und Warenbeschaffenheiten[6]. Die Willenseinigung der Kartellbeteiligten ist unabhängig davon, ob sie im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages oder eines Beschlusses in einer schon bestehenden Gesellschaft erfolgt. Bestehen zwischen den Kartellbeteiligten schuldrechtliche Beziehungen, so tritt der Reflexvertrag als selbständiges Rechtsgeschäft hinzu[7]. Produktions- und absatzeinteilende Kartelle bringen für Dritte eine Beschränkung der sonst für ihn gegebenen Rechtsgeschäftsmöglichkeiten mit sich. Eine Ware wird entweder nur noch von wenigeren oder sogar nur noch von einem Einzelnen angeboten, der infolgedessen freiere Hand bei der Vereinbarung des dem Dritten ungünstigeren Geschäftsinhaltes hat. Bei den regel-

1) Kartellvertrag S.299
2) vgl. Lukes, Kartellvertrag, S.251 ff
3) vgl. Lukes a.a.O.S.273 ff
4) vgl. S.65 der Arbeit
5) vgl. Lukes a.a.O.S.167 ff
6) vgl. Lukes a.a.O.S.191 ff
7) vgl. Lukes a.a.O.S.293 f

aufstellenden Kartellen werden die Positionen Dritter dadurch beeinträchtigt, daß ihnen nur noch die Möglichkeit zum Abschluß von Einzelrechtsgeschäften mit bestimmten Inhalten oder Teilinhalten eingeräumt wird.

Weitere Merkmale als die Willenseinigung und die Außenwirkungen sind nach Lukes zur Begriffsbestimmung des Kartells nicht erforderlich, insbesondere werde die Marktbeeinflussung oder Wettbewerbsbeschränkung durch die Konkretisierung der Außenwirkungen als positionsverschlechternde Reflexwirkungen entbehrlich und eine Abgrenzung der Unternehmereigenschaft durch die gegebene Begriffsbestimmung bereits vorgenommen. Denn die Willenseinigung anderer Personen könne diese Reflexwirkungen überhaupt nicht hervorbringen[1]. Die Unternehmereigenschaft mit der Einschränkung durch das Erfordernis einer rechtlichen und /oder wirtschaftlichen Selbständigkeit spielt mithin nach Lukes für den Kartelltatbestand keine Rolle.

Die Urheber selbst setzen durch Willensübereinkunft weder die für die Aufführung ihrer Tonkunstwerke von den Veranstaltern zu zahlenden Gebühren noch die Konditionen und Leistungsmodalitäten fest.

Zwar kann insoweit eine Willenseinigung angenommen werden, als die Urheber durch die Gründung der gemeinschaftlichen Organisation bzw. mit ihrem Beitritt zur Gesellschaft übereinstimmend ihren Willen bekundet haben, die GEMA in Zukunft in vollem Umfang mit der Wahrung ihrer wirtschaftlichen Belange zu betrauen, die Vorteile der "Vertriebsorganisation" in Anspruch zu nehmen und auf gemeinsamer Grundlage künftig Preise und Bedingungen festzusetzen. Insoweit beschränkt sich die Willenseinigung der Autoren jedoch ausschließlich auf die Festlegung allgemeiner Grundsätze hinsichtlich des zukünftigen Geschäftsge-

1) Kartellvertrag S.301 f

barens der von ihnen ins Leben gerufenen Organisation, mithin auf die Bereitschaft zur Festlegung von Regeln; sie beinhaltet im einzelnen aber nicht die Festsetzung von Gebühren und Konditionen für später abzuschließende Einzelrechtsgeschäfte und stellt infolgedessen keine Regeln i.S. der Lukes'schen Kartelldefinition auf[1].

Soweit Willenseinigungen nach Gründung der GEMA bzw. nach dem Beitritt eines Urhebers zur Gesellschaft in Frage kommen, können diese sich nur auf die in § 10 der Satzung aufgestellten Punkte[2] beziehen. Das einzelne Mitglied erkennt im Berechtigungsvertrag die Satzung an[3] und begibt sich damit jeder Möglichkeit, darüber hinaus im Wege einer Willensübereinkunft gestaltend in das Geschäftsgebaren der Gesellschaft einzugreifen.

Die Übertragung der Verwertungsrechte zur ausschließlichen Nutzung durch die GEMA (dingliche Vollrechtsübertragung) bewirkt und bezweckt nämlich, daß nicht mehr das einzelne Mitglied, sondern nur noch die GEMA Gebühren (=Preise) und Bedingungen festsetzt und die aufgestellten Regeln auch selbst in späteren Einzelrechtsgeschäften mit den Veranstaltern zugrunde legt. Letzteres würde allerdings einer Anwendung der Kartelldefinition von Lukes auf die GEMA noch nicht entgegenstehen, da es nach seiner Ansicht ausreicht, wenn von Kartellmitgliedern aufgestellte Regeln in Zukunft von dem Kartell selbst in Einzelrechtsgeschäften mit Dritten angewandt werden sollen[4].

---

1) vgl. Lukes, Kartellvertrag S.226
2) § 10 der Satzung sieht für die Mitgliederversammlung außer der Möglichkeit einer Satzungsänderung, der Änderung des Verteilungsplanes und der Beschlußfassung über die Auflösung des Vereins nur organisationstechnische Mitgliederbeschlüsse vor
3) § 6 des Berechtigungsvertrages; vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik Anhang 13,S.225(228)
4) vgl. Kartellvertrag S.159, 166, 222 Fußnote 25

Hingegen steht die Tatsache, daß die GEMA bzw. ihr Vorstand, der die Gesellschaft gemäß § 14 der Satzung gerichtlich und außergerichtlich vertritt[1], die von den Musikverbrauchern zu entrichtenden Gebühren bestimmt, für den Verein Tarifverträge[2] abschließt und Konditionen festlegt, der Annahme einer Willensübereinkunft durch die Mitglieder der GEMA entgegen. Zwar liegt nach Lukes eine Regelaufstellung auch dann vor, "wenn die Kartellbeteiligten keine Preisnormen usw. schaffen, aber entweder ein Gremium oder einzelne Beteiligte oder Geschäftsführer usw. ermächtigen, auf dem Boden der Grundsatzeinigung[3] von Fall zu Fall oder generell die Regeln festzusetzen". In solchen Fällen "werden die tatsächlichen Normen (=Regeln) von den beauftragten Organen als Vertreter der Kartellmitglieder aufgestellt"[4]. So liegt indess der Fall hier nicht. Der Vorstand legt die Regeln nicht als Vertreter oder auf Grund einer Ermächtigung der Mitglieder fest, sondern als Organ der Gesellschaft, die sich die Rechte der Urheber mit dinglicher Wirkung zur ausschließlichen Nutzung übertragen läßt und somit aus eigenem Recht tätig wird.

Die Anwendung der von Lukes entwickelten Kartelldefinition scheitert also letzlich ebenfalls an jenem Merkmal, das die überwiegende Meinung zum Kartellbegriff zur Abgrenzung des Kartells von anderen Unternehmenszusammenfassungen heranzieht: an dem Erfordernis der Selbständigkeit der Kartellmitglieder auch nach dem Zusammenschluß. Lukes nimmt allerdings die Abgrenzung des

1) derzeitiger Vorstand ist der Generaldirektor Dr. jur.h.c. Erich Schulze
2) vgl. Schulze, Urheberrecht in der Musik Anh. 17, S.237 ff
3) das ist hier, wie oben dargelegt, die mit der Gründung bzw. dem Beitritt zum Ausdruck kommende gemeinsame Bereitschaft, Konditionen und Preise mit noch nicht näher umschreibenen Einzelheiten aufstellen zu wollen
4) Lukes, Kartellvertrag S.226

Kartells zu anderen Unternehmenskonzentrationen bereits dadurch vor, daß er mehrere auf Reflexwirkungen gerichtete korrespondierende Willenserklärungen von Kartellbeteiligten fordert[1]. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Gebühren und Bedingungen werden lediglich durch ein Organ der Gesellschaft für diese als Rechtsinhaberin der zur Vergabe gelangenden Aufführungsrechte festgelegt[2].

2) Die GEMA ist ein marktbeherrschendes Unternehmen

Nachdem festgestellt ist, daß die Urheber unter Verlust sowohl ihrer rechtlichen als auch wirtschaftlichen Selbständigkeit den Teil ihrer Betätigung, der ihre Unternehmereigenschaft begründet, auf die Gemeinschaftsorganisation übertragen haben bzw. Regeln nicht übereinstimmend von den Mitgliedern der GEMA, sondern lediglich von einem Organ der Gesellschaft für diese aufgestellt werden, bleibt noch die Frage, ob der Zusammenschluß nicht die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GWB erfüllt und entsprechend der Kontrolle der Kartellbehörden unterstellt werden muß.

Die Bestimmungen über "marktbeherrschende Unternehmen" sollen die Vorschriften über Kartellverträge und -beschlüsse ergänzen[3]. Die Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB und die Machtanhäufung im § 22 Abs. 1 GWB sind aber nebeneinanderstehende selbständige Tatbestände, die sich gegenseitig ausschließen. Während der Kartelltatbestand eine wettbewerbsbeschränkende M a ß n a h m e (Vertrag oder Beschluß bzw. regelaufstellende Willensübereinkunft) mehrerer selb-

1) vgl. Kartellvertrag S.253 ff, 273 ff
2) vgl. Lukes a.a.O.S. 78, Fußnote 88
3) Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm. 4 zu § 22

ständiger Unternehmer oder Unternehmen voraussetzt, erfaßt die Legaldefinition des § 22 Abs.1 GWB den Z u s t a n d , daß ein Unternehmen in Beziehung auf bestimmte Waren oder Leistungen praktisch als einziger Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auftritt. Der Begriff "Marktbeherrschung" in § 22 Abs. 1 GWB ist also die Bezeichnung für eine Marktstellung, nicht für ein Marktverhalten[1]. Gemeinsam ist beiden Tatbeständen, daß sie Beeinträchtigungen der freien Wettbewerbswirtschaft unterbinden wollen. Der Gesetzgeber ist in der Vorschrift über marktbeherrschende Unternehmen jedoch vom Verbots- zum Mißbrauchsprinzip übergegangen und beschränkt die behördliche Eingriffsberechtigung auf die Fälle des § 22 Abs. 3 GWB. Das Gesetz unterscheidet in § 22 GWB also grundsätzlich zwischen der an sich zulässigen Erlangung und Innehabung einer marktbeherrschenden Stellung und ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung. Wollte der Gesetzgeber schon die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens zum Gegenstand eines Verbotes machen, so würde dies dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs, auf den das Gesetz ausgerichtet ist, widersprechen. Denn letztlich hat jede Teilnahme am Wettbewerb die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorranges vor den Mitbewerbern zum Ziel[2]. Bedenklich und verbotswidrig wird eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 22 Abs. 1 GWB durch ein zu ihr hinzutretendes unter normalen Wettbewerbsverhältnissen unmögliches Marktverhalten, durch das die marktbeherrschende Stellung zum Zwecke der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile mißbräuchlich ausgenutzt

---

1) Amtl.Begr. zu § 17 des Entwurfs in BT Drs.3462, 1.Wp., S.33; Fikentscher, Wettbewerb, S.53 ff, 71 ff; Borchardt-Fikentscher S.30 ff; Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (473); Würdinger in WuW 1961, 745 (752)

2) vgl. Urteil des OLG Frankfurt v.4.April 1957 - "Städtereklame" - in WuW/E OLG 245 (249/250)/ WuW 1959, 281 (285/286)

wird (§ 22 Abs. 3 GWB)[1].

§ 22 Abs. 1 GWB[2] bringt nur die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen als marktbeherrschend anzusehen ist, definiert aber ebensowenig wie der Kartelltatbestand den Begriff des Unternehmens selbst. Der B u n d e s g e r i c h t s h o f[3] hat im Rahmen der Untersuchung, ob Sozialversicherungsträger Unternehmen i.S. des § 22 Abs. 1 GWB sein können, unter Wiederholung seiner Ausführungen im "Glasglühkörper"-Urteil[4] auf die Unmöglichkeit einer einheitlichen Definition und die Notwendigkeit der Ermittlung des Begriffs im Einzelfall unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks hingewiesen. Eine gewinnbringende Weiterveräußerung der im Geschäftsverkehr erlangten Waren oder gewerblichen Leistungen[5] sei für den Begriff des "Unternehmens" in § 22 Abs. 1 GWB jedenfalls nicht erforderlich. Da § 22 die Bestimmungen über Kartellabreden und Kartellbeschlüsse der Unternehmen ergänzen soll,

---

1) Die Innehabung einer marktbeherrschenden Stellung würde für sich allein auch nicht zur Anwendung des § 1 UWG ausreichen. Auch im Anwendungsbereich dieser Vorschrift gilt der Grundsatz, daß es noch nicht sittenwidrig ist, eine wirtschaftliche Vorrangstellung zu erlangen und aufrechtzuerhalten, sondern daß die Unlauterkeit erst durch hinzutretende besondere Umstände begründet wird; vgl. das Urt.des LG Köln v.17. Dezember 1958 -"Fahrzeugbewachung"- in WuW/E LG AG 112 (113)/WuW 1959, 574 (575) mit weiteren Hinweisen

2) Das BKA hat im Tätigkeitsbericht 1960 v.5.Mai 1961 in BT Drs.2734, 3.Wp.,S.51 auf die Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschrift hingewiesen, da sie eine besondere Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe enthalte. Die rechtliche Auslegung und Anwendung des § 22 GWB hänge in hohem Maße von der Ermittlung volkswirtschaftlicher Tatbestände ab

3) Urt.v.26. Oktober 1961 -"Gummistrümpfe" - in WuW/E BGH 442 (449)/WuW 1962, 284 (291)

4) v.26.10.1959 in BGHZ 31, 105ff. Die Entscheidung betraf § 1 GWB

5) in dem zur Entscheidung stehenden Fall handelte es sich um die von den Lieferanten gekauften medizinischen Heilmittel, die der Sozialversicherungsträger an die Versicherten weitergegebenhatte

ist der Begriff hier im gleichen Sinne[1] wie in § 1 GWB zu verstehen. Es darf insoweit auf die Ausführungen auf S.40 ff der Arbeit verwiesen werden.

Besondere Schwierigkeiten bieten im Rahmen des § 22 Abs. 1 GWB die Merkmale "für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen", "ohne Wettbewerber" und "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt". Das zuerst genannte Merkmal umschreibt den Markt, von dem bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auszugehen ist. Dabei sollen mit der Formulierung "Waren oder gewerbliche Leistungen" zunächst diejenigen Gegenstände erschöpfend umschrieben werden, die Gegenstand des Marktverkehrs sein können. Der Begriff "Ware" ist nicht auf bewegliche Sachen i.S. des § 1 Abs. 2 Ziff.1 HGB beschränkt, sondern umfaßt auch unbewegliche Sachen, Rechte und solche wirtschaftlich selbständigen Güter, die weder Sachen noch Rechte sind[2]. Ware i.S. des § 22 Abs. 1 GWB ist mithin alles, was Gegenstand des Marktverkehrs sein kann. Eine gewerbliche Leistung ist jedes in Geld zu bewertende für einen anderen entfaltete Wirken, dessen Erfolg oder wirtschaftliches Ergebnis nicht dem Tätigen selbst zufällt, sondern demjenigen, für den die Tätigkeit entfaltet wird[3]. Die gewerbliche Leistung i.S. des § 22 GWB setzt aber stets

---

1) Bartholomeyczik in Gem.Kom. Anm.4 zu § 22; Brugger in UFITA Bd.27 (1959/I), 189(226) und in MA 1959, 822 (823); Frankf.Kom.Tz 4,5 zu § 1; Fikentscher in Anm. z.Urt.des BGH -"Glasglühkörper" - a.a.O. in WuW 1960, 343; Günther in WuW 1957, 677 (683); v.Godin in BB 1958,64

2) z.B. Wärme, Elektrizität und sonstige Energien, Gewinnchancen, Fabrikationsgeheimnisse, Reklameideen usw.

3) Hoth in WRP 1956, 261 (268)

voraus, daß das Tun, Dulden oder Unterlassen dem betreffenden Unternehmen zugerechnet werden kann. Im übrigen ist eine endgültige Abgrenzung der beiden Begriffe wegen der Gleichstellung im Gesetz nicht erforderlich[1].

"Der Begriff "bestimmt" in § 22 Abs. 1 GWB hat eine individualisierende, der Begriff "Art" eine generalisierende Aufgabe. Der erste tendiertnach Einengung, der zweite nach Weitung der gegenständlichen Marktgrenzen"[2]. In räumlicher Beziehung erfaßt die Vorschrift nicht nur die Märkte, die sich auf den gesamten Geltungsbereich des Gesetzes erstrecken. Vielmehr bringt das Zusammenleben der Marktteilnehmer in örtlicher Begrenzung auch räumlich auf eng begrenztes Gebiet beschränkte Märkte mit sich[3]. In gegenständlicher Beziehung können nur solche Produkte, die im Rahmen von Angebot und Nachfrage hinsichtlich ihres Verwendungszwecks und der Bedarfsbefriedigung austauschbar sind, Gegenstand eines Wettbewerbs sein und zu einer "bestimmten Art von Waren" i.S. des Gesetzes gehören. Die Abgrenzung und Bestimmung des Marktes richtet sich insoweit nach der funktionellen Austauschbarkeit der auf dem Markt angebotenen und gefragten Produkte[4]. Es kommt also für den Bereich der "bestimmten Art von Waren oder gewerb-

---

1) vgl. zu den Begriffen "Ware" und "gewerbliche Leistung" statt vieler Bartholomeyczik Anm.19, 20 zu § 22 und S. 123 ff der Arbeit
2) Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.18 zu § 22
3) BGH Urt. v. 26. Oktober 1961 -"Gummistrümpfe"- in WuW/E BGH 442 (450)/WuW 1962, 284 (292); Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.29 zu § 22 bringt das Beispiel eines Warenladens in einem abgelegenen Gebirgsdorf
4) vgl. BKA Beschl. v. 11. August 1961 -"Automarkt" - in WuW/E BKartA 425 (427)/WuW 1962, 355 (357)

lichen Leistungen" nicht auf die stoffliche Beschaffenheit[1] an. "Der Wettbewerb spielt sich nicht nur auf Spezialmärkten, sondern in großen Gattungen ab"[2]. Bartholomeyczik[3] hat in diesem Zusammenhang treffend den Begriff "Marktgleichwertigkeit" geprägt[4].

Die beiden Merkmale "ohne Wettbewerber" und "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" umschreiben die Fälle, in denen das Gesetz davon ausgeht, daß ein Unternehmen auf dem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. In § 17 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen[5] waren die Größe des Marktanteils und die Fähigkeit eines Unternehmens, die Erzeugung, Preise oder Geschäftsbedingungen "ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten und dadurch den Markt fühlbar zu beeinflussen" als konkrete Merkmale für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung aufgeführt. Demgegenüber war für die vom Ausschuß für Wirtschaftspolitik vorgeschlagene und später übernommene Fassung der Legaldefinition eines marktbeherrschenden Unternehmens[6] maßgebend, daß als Ergebnis des Leistungswettbewerbs Positionen im Markt entstehen können, die einen Machtmißbrauch zulassen und daß diese Positionen je nach Marktlage, Stufen und Branchen andere Wirkungen haben können. Das Kriterium der Marktbeherrschung könne daher nicht der Marktanteil oder die Verhaltensweise sein, sondern lediglich die Tatsache, daß solchen Positionen gegenüber ein wesentlicher Wettbewerb nicht oder nicht

---

1) Langen Anm.III 4 zu § 22; der Frankf.Kom. (Tz 21 zu § 1 und 12 zu § 22)
2) Mayer-Wegelin Anm.1 zu § 22
3) Anm. 22 zu § 22
4) vgl. im übrigen die Ausführungen auf S.90 f der Arbeit
5) Anl.1 zu BT Drs.3462, 1. Wp.
6) vgl. den schriftlichen Bericht des WPA (Abg. Dr. Hellwig) in BT Drs.3644, 2. Wp., Abschn. CII, zu § 17

mehr vorhanden sei. Diese Formulierung erweckt den Eindruck, daß der wirtschaftspolitische Ausschuß den Anwendungsbereich des - entsprechend seinem Vorschlag später übernommenen - § 22 Abs. 1 GWB gegenüber der Regierungsvorlage einengend auslegen wollte. An anderer Stelle[1] hat der Ausschuß jedoch hinsichtlich solcher Unternehmen, die einen Marktanteil von mehr als 20 % besitzen, zum Ausdruck gebracht, es sei zumindest die Vermutung gerechtfertigt, daß in diesen Fällen der Wettbewerb erheblich eingeschränkt und gegebenenfalls - bei Mißbrauch der Marktmacht - § 17 (§ 22 GWB) anwendbar sei. Dieser Bemerkung kann entnommen werden, daß auch nach der geltenden Fassung des § 22 Abs. 1 GWB keine übersteigerten Anforderungen an den Begriff "Marktbeherrschung" gestellt werden dürfen, daß vielmehr bereits eine "erhebliche Einschränkung" des Wettbewerbs genügt, damit das Merkmal "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" erfüllt ist[2].

Die Intensität des auf einem bestimmten Markt bestehenden Wettbewerbs ist also der Maßstab für den Übergang der bloßen Beeinflussung in eine Beherrschung dieses Marktes[3]. Solange noch andere Konkurrenten neben dem zu untersuchenden Unternehmen auf dem Markt vorhanden sind, deren Auftreten das Marktverhalten dieses Unternehmens "fühlbar" i.S. der Amtlichen Begründung[4]. zu beeinflussen in der Lage ist, kann von einer

1) a.a.O. zu § 18
2) diese Schlußfolgerung zieht zu Recht Kartte in DB 1962, 1133 (1134 r.Sp.)
3) Nach Borchardt-Fikentscher führt von der Marktbeeinflussung über die wesentliche Marktbeeinflussung zur Marktbeherrschung eine aufsteigende Linie von ununterscheidbaren Übergängen, S.26; vgl. auch Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.70, 71.
4) BT Drs. 3462, 1.Wp., zu § 17 S.33 unter 2

wesentlichen Einschränkung des Wettbewerbs noch nicht gesprochen werden. Steigen aber bei schwächer werdendem Wettbewerb für ein bestimmtes Unternehmen zugleich die Möglichkeiten einer vom Markt unabhängigen Operationsweise[1] und werden dadurch für die andere Marktseite wegen des Mangels an Alternativen die Unbequemlichkeit bzw. Schwierigkeiten bei der Bedarfsdeckung wesentlich gesteigert, so läßt dies auf eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens schließen. Denn dann besitzt das betreffende Unternehmen die Möglichkeit, sich auf dem Markt in bestimmter Weise willkürlich zu verhalten. Es braucht beispielsweise den Preis für seine Erzeugnisse bzw. Leistungen nicht mehr dem Markt zu entnehmen, sondern kann ihn selbständig und unabhängig festsetzen[2]; die Geschäftsbedingungen können ohne Rücksicht auf gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte oder Mitbewerber gestaltet werden[3]. Das marktbeherrschende Unternehmen berücksichtigt in solchen Fällen die Tatsache der Marktbeherrschung selbst in seiner Planung[4]. In dieser Situation fehlen bereits die wesentlichen Merkmale des Wettbewerbs, denn die übrigen Unternehmen "leben im Schatten der Geschäftspolitik des Großen"[5]. Da ihre Leistungsfähigkeit nicht ausreicht, den Bedürfnissen der Teilnehmer der anderen Marktseite gerecht zu werden, können diese nicht auf bessere Angebote ausweichen; das marktmächtige Unternehmen wird nicht mehr "aus freier Erwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile"[6] in Anspruch genommen. Der nächste Schritt führt dann zum völligen Wegfall der Wahl-

1) Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (474)
2) Bartholomeyczik in Gem.Kom. Anm.48 zu § 22
3) Bartholomeyczik a.a.O. Anm.56 zu § 22
4) Fikentscher, Wettbewerb, S.75
5) Bartholomeyczik a.a.O. Anm.49 zu § 22
6) RGZ 115, 218, zit. bei Bartholomeyczik a.a.O. Anm. 45 zu § 22

freiheit der anderen Marktseite bei Befriedigung des Gesamtangebotes und der gesamten Nachfrage durch einen Einzelnen. Dieser ist Herr über Angebotsmenge und Preis, es entsteht durch Ausschluß jeglichen Wettbewerbs ein Vollmonopol.

Die marktbeherrschende Stellung i.S. des § 22 Abs. 1 GWB ist weder von der Unternehmensgröße[1], noch von der Zahl der Beschäftigten oder der sich aus dem Prozentsatz des eingesetzten Kapitals und des Umsatzes ergebenden Gewinnhöhe, noch von der Zahl der anderen Mitbewerber abhängig[2]. Diese Faktoren sind allenfalls Umstände, die bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens u.a. Berücksichtigung finden können. Auch der Marktanteil als das prozentuale Verhältnis, in dem die Erzeugung eines Unternehmens zur Gesamterzeugung steht, die auf dem Markt für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen umgesetzt wird, kann nur Anhaltspunkte über die Marktmacht eines Unternehmens geben[3]. Die prozentuale Abgrenzung des Marktanteils in § 23 GWB als Maßstab für meldepflichtige Zusammenschlüsse hat trotz der gemeinsamen Eingruppierung der beiden Vorschriften in dem Abschnitt über "marktbeherrschende Unternehmen" nichts mit der Begriffsbestimmung des marktbeherrschenden Charakters eines Unternehmens i.S. des § 22 Abs. 1 GWB zu tun. v.Brunn weist in diesem Rahmen zu Recht darauf hin, daß ein solcher Zusammenhang dieser beiden Vorschriften in der negativ abgrenzenden Definition des § 22 Abs. 1 GWB bedeuten würde, daß ein Wettbewerb von 80 % der Marktanteile nicht mehr als wesentlich angesehen werden könne. Ein solcher Schluß sei aber ganz offenbar verfehlt. Wichtiger als die Größe eines Marktanteils

---

1) vgl.das Beispiel in Fußn.3 auf S.158 d.Arbeit
2) Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.3654 zu § 22 u.Würdinger in WuW 1961, 745 (752) mit weiteren Hinweisen
3) Bartholomeyczik a.a.O. Anm.52 zu § 22;v.Brunn in WuW 1958, 407 (408) mit weiteren Hinweisen; a.A. Würdinger in WuW 1961, 745 (752)

ist seine Veränderung, vor allem die Beschleunigung seines Wachstums[1].

Gleichgültig ist schließlich auch, worauf die marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist. Sie kann sowohl auf der natürlichen Entwicklung des Marktes, die einem bestimmten Unternehmen infolge seiner Preiswürdigkeit, Qualität und geschickten Werbung für ein bestimmtes Produkt diese Stellung gebracht hat, als auch auf rechtlichen Umständen beruhen[2].

Das B u n d e s k a r t e l l a m t hat die in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1959[3] zunächst geäußerten Bedenken, ob die G E M A überhaupt als Unternehmen i.S. des GWB zu behandeln sei und gegebenenfalls § 22 GWB auf Urheberrechte Anwendung finden könne, im Tätigkeitsbericht 1960[4] zu Recht aufgegeben[5].

Bei der Untersuchung, ob die Mitglieder der G E M A Partner eines Kartellvertrages sein können, wurde bereits festgestellt, daß der einzelne Urheber bei der Verwertung seiner geistigen Schöpfung als der wirtschaftlichen Seite seiner Tätigkeit als Unternehmer i.S. des GWB angesehen werden muß[6]. Indem nun die Urheber mit ihrem

---

1) Bartholomeyczik a.a.O. Anm.52 zu § 22. Auch die Amtl.Begr. (in BT Drs.3462, 1.Wp., zu § 17, S.33 unter 2) hatte in diesem Zusammenhang ausgeführt, die Grenze zwischen dem Zustand des Marktes, bei dem noch wesentlicher Wettbewerb bestehe und dem Zustand, der dieser Voraussetzung nicht mehr entspreche, lasse sich ziffernmäßig nicht festlegen

2) Amtl.Begr. a.a.O. S.33 unter 4; BGH, Urt.v. 7.11.1960 -"Molkereigenossenschaft"- in WuW/E BGH 407 (409)/WuW 1961, 195 (197)

3) v.13.4.1960 in BT Drs.1795, 3.Wp.,S.46

4) v.5.5.1961 in BT Drs. 2734, 3.Wp.,S.18,51; vgl.auch S.30,31 der Arbeit

5) zu den Auffassungen in Rechtspr. u.Schrifttum hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 22 Abs.1 GWB bzw. § 17 des Entwurfs vgl.i.übr.S.26 ff der Arbeit

6) vgl.die Ausführungen auf S.51 ff, insbes.57 ff (63) der Arbeit

Beitritt zur G E M A im Berechtigungsvertrag die materielle Seite ihrer Betätigung im ganzen auf die G E M A übertragen[1], erlangt die Gesellschaft wirtschaftliche Eigenbedeutung. Sie ist mehr als eine Schutz- und Interessengemeinschaft zur Regelung und zum Ausgleich urheberrechtlicher Belange auf dem Gebiete des Musikurheberrechts, sie ist auch mehr als ein "Verband zur Förderung gewerblicher Interessen"[2]. Denn die wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit der Komponisten und Textdichter ist in der G E M A als einer zentralen Stelle zusammengefaßt, die diese Funktion als juristische Person mit Hilfe der erforderlichen betrieblichen Organisation - eigener Verwaltungs- und Kontrollapparat - auf dem Musikmarkt durch Vergabe von Aufführungslizenzen ausübt. Die treuhänderische Verwaltung besteht dabei in der Hauptsache in einer selbständigen aktiven wirtschaftlichen Betätigung auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte, wo die von den Werknutzern geltend gemachten Nachfrage von der Gesellschaft gegen Entrichtung von Gebühren befriedigt wird. Die Autoren haben somit durch ihren Zusammenschluß in der G E M A und die damit verbundene Aufgabe jeglicher eigener verwertender Tätigkeit ein neues einheitliches Unternehmen geschaffen, das in Form eines wirtschaftlichen Vereins ihre Rechte aus § 11 Abs. 2 LUG wahrnimmt[3]. Daß die Einrichtung der G E M A gemäß § 2 Abs. 1 ihrer Satzung gemeinnützig und nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist, spielt für die Beurteilung ihrer marktbeherrschenden Stellung keine Rolle. Dieses Faktum könnte

---

1) vgl. S. 143 f (146) der Arbeit
2) so Hefermehl in GN 33 (Jan.1957), 5 (8)
3) Brugger in WuW 1959,244 (247); Möhring-Lieberknecht in UFITA Bd.29 (1959/III), 269 (300); Grundmann in NJW 1954, 297; Greuner S.63; Spengler in GRUR 1953, 81; Mestmäcker S.37

sich nur im Rahmen des § 22 Abs. 3 GWB positiv auswirken. Auch ein gemeinnütziges Unternehmen, das für einen bestimmten Personenkreis die günstigsten Wirtschaftserfolge erzielen möchte, kann sich aktiv und selbständig am Geschäftsverkehr beteiligen. Die Gemeinnützigkeit bringt jedoch keine Befreiung von der allgemeinen Pflicht mit sich, die Grundsätze der Wirtschaftsordnung und des freien und lauteren Wettbewerbs zu beachten[1].

Die Vergabe von Aufführungslizenzen an die Musikverbraucher stellt sich auch als gewerbliche Leistung dar. N i p p e r d e y[2] und S ü s s[3] sind zwar der Ansicht, es fehle in dem hier entscheidenden Verhältnis der G E M A zu den Musikverbrauchern schon deshalb an diesem Merkmal, weil man die treuhänderische Wahrnehmung von Urheberrechten nicht dem Bereich der Marktwirtschaft zurechnen könne. Süss weist weiterhin darauf hin, daß für das "Symptom des Gewerblichen" die Gewinnabsicht entscheidend sei; diese fehle bei der G E M A. Beide Argumente sind jedoch nicht durchschlagend. Die Urheber verwerten ihre Urheberrechte, indem sie Nutzungsmöglichkeiten schaffen; die Aufführungsrechte werden von der G E M A in den urheberrechtlichen Geschäftsverkehr gebracht, wo sie einen wirtschaftlichen Wert repräsentieren und zum Gegenstand von Verträgen mit den gewerblichen Werknutzern werden. Obwohl Tonkunstwerke das Ergebnis eines geistig-schöpferischen Vorganges sind, müssen Nutzungsrechte an solchen Werken dennoch als Gegenstände des Marktgeschehens dem Bereich der Marktwirtschaft zugerechnet werden[4].

---

1) vgl. S. 45 der Arbeit und dort Anm.5
2) in NJW 1953, 881 (883 r.Sp.)
3) in GN 30 (August 1956), 6 (8 1.Sp.)
4) vgl. im übrigen die Ausführungen auf Seite 131 ff der Arbeit mit weiteren Hinweisen

Bei der Vergabe von Aufführungslizenzen an die Veranstalter handelt es sich auch um eine Leistung, weil ein geschlossener wirtschaftlicher Wert einem Dritten zur Ausübung überlassen, mithin eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse bewirkt wird[1]. Die Gewerblichkeit dieser Leistung ist vom Gewinnstreben unabhängig; entscheidend ist allein, daß die Leistung einen wirtschaftlichen Wert in sich trägt und nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise ein Erwerbsinteresse Dritter und deren Bereitschaft festzustellen ist, eine Gegenleistung zu erbringen[2].

Das Merkmal "bestimmte Art von gewerblichen Leistungen" in § 22 Abs. 1 GWB, das verschiedene Gruppen von Marktgütern mit gleicher Beschaffenheit oder zumindest gemeinsamen Eigenschaften zusammenfaßt und damit eine Aussage über die Marktabgrenzung enthält (funktionelle Austauschbarkeit), ist ebenfalls erfüllt. Denn die Substituierbarkeit einer Leistung wird nicht vom Standpunkt des anbietenden Autors, für den seine geistige Schöpfung einmalig und unvertretbar ist und dem kraft des ihm gesetzlich zugestandenen Ausschließlichkeitsrechtes eine Monopolstellung eigen ist[3], bestimmt, sondern von der anderen Marktseite, die über die gleiche oder gleichartige Bedarfsdeckung, mithin über die Auswechselbarkeit gleicher oder artverwandter Waren oder gewerblicher Leistungen entscheidet. Es wurde oben[4] aber bereits dargelegt, daß nicht nur Tonkunstwerke der gleichen Musiksparte dasselbe Verkehrsbedürfnis zu befriedigen geeignet sind, sondern daß u.U. auch etwa ernste und leichte

---

1) vgl. Seite 132 der Arbeit mit weiteren Hinweisen
2) vgl. Seite 133 der Arbeit mit weiteren Hinweiser
3) vgl. Seite 36 der Arbeit
4) vgl. Seite 90 ff, insbesondere 92, 93 der Arbeit

Musik den gleichen Nutzwert besitzen können, weil bei Veranstaltungen das Moment der individuellen Auswahl durch die Hörer selbst stark unterdrückt und der Veranstalter in dem Bestreben, ein reichhaltiges Programm anzubieten, die verschiedenen Erscheinungsformen der darzubietenden Musik nach kaufmännischen Gesichtspunkten auswählt.

Die G E M A verwaltet als einzige deutsche Verwertungsgesellschaft den überwiegenden Teil der geschützten Musik, ihr sind fast alle Urheber von Tonkunstwerken und Texten als Mitglieder beigetreten. Den Werknutzern bleibt nur die Möglichkeit, sich zur Erlangung eines umfassenden Repertoires an geschützter Musik an die G E M A als "Absatzorganisation" zu wenden. Die wenigen nicht gebundenen Autoren[1] sind im Verhältnis zur G E M A überhaupt keine Wettbewerber. Zwar können sie innerhalb ihres Wirkungsbereiches, also in einem bestimmten räumlich begrenzten Gebiet neben der G E M A Aufführungslizenzen erteilen. Die Veranstalter sind aber in solchen Fällen trotzdem gezwungen, sich auch von der G E M A die Genehmigung zur Aufführung eines umfassenden Repertoires an geschützter Musik erteilen zu lassen, weil sie - schon im Hinblick auf den breiten Publikumsgeschmack - mit den Aufführungsrechten nur eines oder weniger Urheber nicht auskommen würden. Ihnen wäre also mit Einzelgenehmigungen nicht gedient[2].

Der Hinweis W a w r e t z k o s[3], daß die Tätigkeit der G E M A in keiner Weise das Entstehen gleicher oder ähnlicher Zusammenschlüsse

---

1) auf die Wawretzko (in UFITA Bd.31/1960 II/287, 308/309) in diesem Zusammenhang darauf hinweist

2) Blotekamp (in UFITA Bd.34/1961 II/, 17/22/) weist im übrigen zu Recht darauf hin, daß ein Vergleich der Gebühren für Nutzungsrechte eines einzelnen Autors mit den Kollektivgebühren der GEMA gar nicht möglich sei

3) a.a.O. S.307

hindere und inzwischen ja auch eine Reihe weiterer Gesellschaften entstanden seien, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Abgesehen davon, daß mit Rücksicht auf den jetzigen Stand des Repertoires der G E M A die Gründung einer zweiten und weiterer Musikverwertungsgesellschaften nicht zu erwarten ist, kommt es im Rahmen des § 22 Abs. 1 GWB auf die Möglichkeit einer Konkurrenzbildung nicht an. Entscheidend sind allein die derzeitigen Verhältnisse auf dem Markt für musikalische Aufführungsrechte. Diese ergeben aber, daß die G E M A auf dem Musikmarkt hinsichtlich der Aufführungslizenzen an geschützter Musik eine Alleinstellung im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB besitzt, zumindest aber keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Die von anderen Verwertungsgesellschaften verwalteten Rechte[1] gehören nicht zu der hier abgegrenzten bestimmten Art von gewerblichen Leistungen.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese marktbeherrschende Stellung der G E M A als Rechtsnachfolgering der S T A G M A auf Grund des § 1 des Gesetzes über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 4. Juli 1933[2] in Verbindung mit § 1 Abs. 1 der Verordnung vom 15. Februar 1934 zur Durchführung dieses Gesetzes[3] begründet ist[4] oder ob sie auf der natürlichen Entwicklung des Marktes beruht . Denn es ist, wie bereits festgestellt[5], gleichgültig, worauf die marktbeherrschende Stellung eines

---

1) etwa literarische Urheberrechte, die von der V E L U (Verwertungsgesellschaft für literarische Urheberrechte) verwaltet werden
2) RGBl.I,S.452; vgl.Fußn.3 auf S.14 der Arbeit
3) RGBl.I,S.100; vgl.Fußn.1 auf S.15 der Arbeit
4) zur Frage der Weitergeltung vgl.BGHZ 15, 349ff
5) vgl. S. 163 der Arbeit und dort Fußn.2

Unternehmens zurückzuführen ist; begrifflich kommt es lediglich auf die Tatsache an, ob ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist. Es kann daher auch N i p p e r d e y[1] und S ü s s[2] nicht gefolgt werden, die darauf hinweisen, daß auch zwischen mehreren Musikverwertungsgesellschaften ein echter Wettbewerb nicht bestehen könne, weil infolge der gesetzlichen Ausgestaltung des Urheberrechts als eines Ausschlußrechtes die Urheber ihre Rechte immer nur einer Verwertungsgesellschaft übertragen könnten, jede einzelne Gesellschaft mithin ganz verschiedene Rechte anzubieten hätte, die Werknutzer aber gezwungen wären, mit jeder der in Frage kommenden Gesellschaften Verträge abzuschließen, da sie im Hinblick auf die Wünsche des Publikums in der Regel auf ein Gesamtrepertoire angewiesen wären. Die besondere Stellung der G E M A beruhe daher auf der Ausgestaltung des Urheberrechts zu einem gesetzlichen Ausschlußrecht und nicht auf dem Zusammenschluß fast aller Urheber und damit der Vereinigung fast sämtlicher Urheberrechte in einer Hand. Die genannten Verfasser schließen von der Ursache (Unteilbarkeit und Ausschließlichkeit des Urheberrechts) der Marktbeherrschung auf die Nichtanwendbarkeit des § 22 Abs. 1 GWB. Das Gesetz stellt aber lediglich auf die Wirkung ab, ohne danach zu fragen, worauf sie beruht. Diese enge Auslegung[3] ist im Interesse einer gesunden Marktwirtschaft nicht zu beanstanden. Das Gesetz will ja gerade wirtschaftliche Machtstellungen jeglicher Art unter seine Kontrolle bringen. Im übrigen birgt die Tatsache, daß ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat noch keine negative Kritik in sich. Erst im Rahmen des § 22 Abs. 3 GWB wird die Markt-

1) in NJW 1953, 881 (882)
2) in GN 30 (August 1956), 6 (7)
3) Süss a.a.O.S.6, 7 kennzeichnet sie als formal

stellung eines Unternehmens kartellrechtlich relevant. Mit dem Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale einer Marktbeherrschung i.S. des § 22 Abs. 1 GWB ist weder das Bestehen eines wettbewerbsfremden oder auch nur wettbewerbsunerwünschten Zustandes erwiesen noch etwa ein prima facie Beweis für einen solchen Zustand erbracht. Vielmehr hat nach der gesetzlichen Beweislastregelung das Bundeskartellamt oder ein Dritter den Tatbestand einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktstellung zunächst insoweit zu substantiieren, daß die Notwendigkeit einer Überprüfung schlüssig nachgewiesen ist[1].

N i p p e r d e y[2] und S ü s s[3] haben weiter darauf hingewiesen, die G E M A sei nicht in der Lage, Preise und Geschäftsbedingungen für eine bestimmte Art von gewerblichen Leistungen willkürlich festzusetzen, da die Gebührensetze mit den verschiedenen - durchweg mächtigeren und einflußreicheren - Musikverbraucherorganisationen vereinbart würden und in Fällen, in denen eine Einigung über die Höhe der Lizenzgebühren nicht zustande komme, gemäß § 4 des STAGMA-Gesetzes vom 4. Juli 1933 eine unter Mitwirkung staatlicher Dienststellen gebildete Schiedsstelle entscheide. Auch stehe die Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 2 ihrer Satzung unter Kontrahierungszwang und sei daher im Abschluß von Verträgen ebenfalls nicht frei. Ersterem haben M e s t m ä c k e r[4] und B l o t e k a m p[5] zu Recht entgegengehalten, ein marktbeherrschender Einfluß der anderen Marktseite könne allenfalls für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 22 Abs. 3 GWB sprechen, solche Argumente

1) vgl.Greuner S.63, 79
2) in NJW 1953, 881 (883/884)
3) in GN 30 (August 1956), 6 (8,9)
4) in Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht Bd.20 S.38, 39
5) in UFITA Bd.34 (1961 II), 17 (22,23)

seien aber nicht geeignet, die marktbeherrschende Stellung der G E M A selbst auszuschließen. Die Kontrahierungspflicht, so meint Blotekamp[1] weiterhin richtig, sei im übrigen eher ein Indiz für, als ein Argument gegen die wirtschaftliche Machtstellung der G E M A i.S. des § 22 Abs. 1 GWB. Mit der Aufnahme des § 2 Abs. 2 in die Satzung habe die G E M A aus ihrer Monopolstellung nur die Konsequenzen gezogen.

Schließlich kommt es auch nicht darauf an, daß die Gründer der G E M A nicht von dem Motiv geleitet wurden[2], wirtschaftliche Macht zu erringen, denn das Gesetz verlangt keinen in diese Richtung gehenden subjektiven Tatbestand, es stellt vielmehr nur auf die objektiven Marktgegebenheiten ab. Lediglich der wettbewerbsbeschränkende Zustand, der in dem gesteigerten Markteinfluß für eine bestimmte Ware oder gewerbliche Leistung zum Ausdruck kommt, ist maßgebend[3].

Die G E M A ist nach allem mit der Amtlichen Begründung ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S. § 22 Abs. 1 GWB, gegen das die Kartellbehörden bei mißbräuchlicher Ausnutzung der Marktstellung nach § 22 Abs. 3 GWB einschreiten können. Das Ergebnis findet seine Rechtfertigung in dem notwendigen Schutz der Werknutzer. Entscheidend ist nicht, daß die G E M A im gegenwärtigen Zeitpunkt ihre Alleinstellung auf dem Markt nicht mißbräuchlich ausnutzt; entscheidend ist lediglich, daß sie dazu theoretisch in der Lage wäre. Allein diese Gefahr soll durch die Aufsicht der Kartellbehörden gebannt werden.

---

1) a.a.O.
2) so Nipperdey in NJW 1953, 881 (883) u.Wawretzko in UFITA Bd. 31 (1960/II),287 (306,307)
3) vgl. Brugger in WuW 1959, 244 (247) u. Bartholomeyczik in Gem.Kom.Anm.42 zu § 22

Lebenslauf

Am 23. Januar 1936 wurde ich als zweiter Sohn des Diplom-Chemikers Dr.phil. Artur Steding und seiner Ehefrau Elise, geborene Ufer, in Bochum geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger und evangelischer Konfession.

Im Jahre 1942 wurde ich in Bochum eingeschult und besuchte nach zwischenzeitlicher Evakuierung seit Ostern 1947 die Graf-Engelbert-Schule in Bochum. Auf diesem neusprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium für Jungen legte ich als Angehöriger des neusprachlichen Zweiges am 2. März 1956 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1956 begann ich an der Philipps-Universität in Marburg/Lahn das Studium der Rechtswissenschaften, das ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fortsetzte und am 30. April 1960 in Hamm i.Westf. mit der ersten juristischen Staatsprüfung beendete.

Seit dem 1. Januar 1961 absolvierte ich den Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung, den ich im Sommer 1961 zur Fertigstellung der Dissertation unterbrach und im November 1964 abschloß.

Druck: Gerd Wasmund Köln Dasselstraße 24 Telefon 230222
Zweigstellen: Aachen Friesenstraße 13 Telefon 27266
Gelsenkirchen-Schalke Gewerkenstraße 3 Telefon 25575